

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

EXPRESSION ET CONCRÉTISATION DU DROIT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le jeudi 5 juin 1930, à 2 heures

PAR

Georges MARASCO

Président : M. A. ROUAST, professeur

Suffragants { *MM. E. BARTIN, professeur*
H. CAPITANT, professeur

PARIS

JOUBE & C^{ie}, ÉDITEURS

15, RUE RACINE, 15

—
1930

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

EXPRESSION ET CONCRÉTISATION DU DROIT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le jeudi 5 juin 1930, à 2 heures

PAR

Georges MARASCO

Président : M. A. ROUAST, professeur

Suffragants { *MM. E. BARTIN, professeur*
H. CAPITANT, professeur

PARIS

JOUBE & C^{ie}, ÉDITEURS

15, RUE RACINE, 15

—
1930

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



A MES CHERS PARENTS

EXPRESSION ET CONCRÉTISATION DU DROIT

INTRODUCTION

Il importe de délimiter le sens exact des mots expression et concrétisation du Droit.

Comment le Droit s'exprime-t-il et comment arrive-t-il à se concrétiser ?

Et pourquoi maintenons-nous ces deux termes séparés dans leur énonciation alors que nous les réunissons dans nos préoccupations ? En effet, en faisant abstraction de certaines nuances de pensée, on pourrait faire rentrer le second terme dans le premier.

Tout moyen par lequel nous arrivons à connaître une règle obligatoire est un moyen d'expression du Droit. Que ce soit la loi, la coutume, la jurisprudence ou la doctrine, avec certaines réserves concernant cette dernière, on est toujours dans le domaine de l'expression du Droit. On peut employer, pour désigner la même chose, le mot de source de Droit, ainsi qu'on le fait habituellement. Mais l'appellation que nous avons adoptée convient mieux à l'esprit de cette étude, ainsi qu'on le verra par la suite.

Le Droit est révélé par la loi, la coutume et la jurisprudence. Négligeons pour le moment la question de savoir où ces sources de Droit prennent leur véritable force obligatoire. Que ce soit de leur concordance avec certaines idées supérieures de droit naturel, d'équité ou de règle morale, ceci importe peu. Ce qui nous intéresse en premier lieu, c'est leur caractère de généra-

lité et de préétablissement. Ceux-ci sont évidents pour la loi. Ils leur sont même inhérents. Une loi dans le sens courant que ce mot a dans le Droit privé, ne peut être qu'une disposition qui s'adresse à la généralité des citoyens, ou tout au moins à de grandes catégories d'entre eux ; par exemple les lois commerciales, les lois ouvrières et les lois agricoles. Ce n'est pas le simple fait qu'une disposition a été élaborée par le Corps législatif, qui peut lui conférer logiquement le titre de loi. Ceci est si vrai, que même en dehors du Droit privé, on a proposé de ne plus appeler loi une disposition qui a en vue un cas particulier et temporaire, mais « acte législatif ».

Le caractère de préétablissement de la loi, qui se confond avec celui de sa permanence, est le plus important des deux, parce que, c'est celui qui contribue le plus à l'autorité et à la majesté de la loi.

Si nous passons à la coutume, on remarque une atténuation de deux caractères qui nous intéressent et qui se trouvent fortement accusés dans la loi.

La généralité est moindre dans ce sens que la coutume permet les particularismes régionaux ou autre. La même chose pour la durée de la coutume. Celle-ci a plus de souplesse, elle évolue avec plus de facilité que l'action législative. La loi n'est assouplie que par l'interprétation jurisprudentielle.

Ces deux aspects ont été mis en lumière par l'école historique qui les a considérés comme autant de supériorité de la coutume par rapport à la loi.

Mais c'est surtout au sujet de la jurisprudence que nos explications prennent une importance particulière. Nous quittons ici l'expression du Droit, pas tout à fait cependant, pour aborder sa concrétisation. Nous arrivons à cette limite quelque peu flottante entre l'expression du Droit et sa concrétisation. On aurait dû, avec plus de logique, commencer par ranger la jurisprudence parmi les moyens qui concrétisent le Droit. Et ceci nous amène à parler de la concrétisation du Droit.

Le Droit se concrétise lorsqu'on l'applique à une espèce par-

ticulière. Les éléments de cette espèce particulière sont au nombre de deux :

1^o Détermination des personnes bénéficiaires de droits ou obligées.

2^o Détermination des droits dont elles peuvent bénéficier ou des obligations dont elles sont tenues.

Le juge, en tant qu'il dit le Droit, le concrétise, et en tant qu'il aide à l'établissement de la jurisprudence, l'exprime.

Sous le premier aspect, la concrétisation du Droit coïncide avec sa réalisation. Mais le Droit ne se concrétise pas seulement lorsqu'il se réalise.

Il y a concrétisation chaque fois qu'il y a exécution d'une obligation ; or celle-ci peut se produire sur la scène juridique, ou derrière les coulisses du Tribunal. Et nous dirons qu'il se réalise dans le cas seulement où l'exécution se déroulera sur la scène juridique, devant le Tribunal. C'est alors qu'apparaît l'élément spécifique du Droit. Nous voulons parler de la contrainte matérielle qui assure l'exécution des commandements de la loi et qui permet de distinguer si on se trouve devant une obligation juridique, ou devant une obligation d'une autre espèce.

Le Juge a un rôle double. Il concrétise le Droit de la façon qu'on vient d'indiquer. Mais il l'exprime aussi, en tant qu'il aide à l'établissement de la jurisprudence.

Lorsque les tribunaux et les Cours tranchant une série de questions qui ne trouvent dans les lois existantes aucune réponse, ont établi une jurisprudence, le contenu de celle-ci, bien que créée à l'occasion de litiges particuliers et à propos de cas d'espèces, s'empreint immédiatement des caractères d'une disposition légale, généralité et préétablissement. Et de ces nouvelles dispositions, à nouveau abstraites, le juge pourra être appelé plus tard à faire d'autres explications d'espèces. C'est lui qui a exprimé le Droit et c'est toujours lui qui le concrétise.

Voilà donc la manière dont s'établit la différence entre l'expression du Droit et sa concrétisation.

Si on prend soin de ne pas confondre la réalisation du Droit

avec sa concrétisation, on peut se demander quels autres instruments de concrétisation du Droit peuvent exister encore.

Le premier parmi ceux-ci est sans conteste le contrat classique. Les parties disent elles-mêmes leur droit. On rencontre donc ici aussi les deux éléments qui sont nécessaires pour qu'on puisse le trouver dans le domaine de la concrétisation du Droit.

1° La détermination des personnes bénéficiaires ou obligées.

2° La détermination des droits dont elles peuvent bénéficier et des obligations dont elles sont tenues.

Les parties disent elle-mêmes leur droit, soit qu'elles créent de toute pièce le contenu de celui-ci, soit qu'elles se réfèrent plus ou moins explicitement aux règles qu'elles trouvent dans la loi et qui ne sont pas impératives, mais seulement supplétives, le législateur se contentant, ainsi que le disent MM. Colin et Capitant (1) « non d'imposer mais de proposer ».

Le Droit est concrétisé avec une telle force, que lorsque le juge intervient, il doit se borner à découvrir ce que les parties ont réellement voulu et ne pas imposer sa volonté. Il est vrai que ces derniers temps, on a voulu agrandir le rôle du juge dans l'interprétation des contrats privés. Ce sont les perturbations provoquées par la grande guerre, dans le domaine économique et financier qui ont suggéré d'étendre la puissance du juge. Mais on doit se rendre compte qu'il ne s'agissait là que d'une époque transitoire. Il faudra toujours chercher à distinguer ce qui est permanent de ce qui n'est que transitoire d'une part, et ce qui est général de ce qui n'est que secondaire d'autre part. C'est le seul moyen d'arriver à une claire compréhension des choses.

Ceci dit, remarquons à propos du nouveau rôle qu'on voulait attribuer au juge que, même alors on rendait indirectement hommage à la volonté des parties.

On modifiait ce qui était écrit noir sur blanc et ce qui apparaissait comme effectivement voulu par les parties ; mais pour

1. A. Colin et Capitant, *Cours élémentaire de Droit Civil Français*. Paris, Dalloz, 1923, Vol. 1, page 9.

y parvenir, il s'en faut que l'on se tint uniquement à la lettre du contrat ; le rôle prépondérant était joué par la volonté implicite des parties que l'on présume être la base de tout contrat. En effet la plupart des auteurs disaient que si on peut modifier ce qui était prévu dans le contrat, ou même le faire tomber entièrement, c'est en vertu de la règle « rebus sic stantibus » et que les parties admettaient tacitement. C'était toujours théoriquement les parties « qui disaient leur droit ».

On peut classer parmi les instruments concrétisateurs du Droit, aussi le contrat ou la convention collective de travail. On ne cherchera pas à savoir quelle est la véritable nature de cet instrument juridique : si c'est vraiment une convention, dans l'acception classique du mot et qui nécessite pour être formé l'adhésion de tous les intéressés, ou si c'est plutôt un instrument ayant un double aspect : de convention et de loi : convention pour ceux qui y ont pris part à sa rédaction et loi pour ceux qui y sont assujettis en vertu de leur « état » la convention loi étant la charte de cet « état ».

On s'aperçoit de suite qu'un élément constitutif de la concrétisation du Droit fait défaut : dénomination individuelle des intéressés. Mais ce n'est là qu'une apparence, cet élément réapparaît. En effet la collectivité se distingue d'un groupement informe par l'intérêt distinct de celui de chacun de ses membres, qui y préside, en forme le ciment et en fait une véritable personnalité.

Ce premier élément de la concrétisation établi, le second en découle tout naturellement.

Les parties, collectivités des deux côtés ou d'un seul côté, disent elles-mêmes leur droit.

Parfois la convention collective prend l'aspect du statut, lorsqu'elle a été conclue entre deux sous-groupements faisant partie d'un même groupe d'intérêts. Ce sera la convention interne par opposition à la convention externe.

Il y a donc bien concrétisation.

On a indiqué sommairement ce que nous entendons par

expression et concrétisation du Droit et quels en sont les instruments. Ceux-ci ont un caractère commun : ils révèlent le Droit. Ce sont autant de sources de Droit, générales ou particulières.

Les différences qui nous ont fait distinguer entre l'expression et la concrétisation du Droit ont été indiquées. Nous allons les rappeler.

Dans l'expression du Droit ce qui domine c'est un caractère de généralité et de préétablissement.

Dans la concrétisation du Droit, celui-ci n'est dit qu'à propos de personnalités déterminées et le contenu juridique dont elles peuvent demander l'exécution leur est propre, applicable seulement à elles et quelquefois élaboré aussi par elles.

En face de cette multiplicité de sources juridiques, un travail d'harmonisation s'impose, afin d'équilibrer leur rôle respectif.

Si chacune n'a pas son domaine bien délimité, l'exagération de l'une ou de l'autre est à craindre.

En fait d'exagération, quand on demandait tout le travail à l'une seulement de ces sources, on peut citer Roguin (1).

Celui-ci déclare catégoriquement qu'il n'admet que la loi comme source de Droit. La jurisprudence et la doctrine n'ont aucun pouvoir dans ce sens. Le législateur doit comprendre dans ses lois tous les terrains où peuvent surgir des contestations et doit s'efforcer de résoudre clairement toutes les hésitations, toutes les controverses qui lui sont connues.

Cette attitude était évidemment exagérée. Elle l'était tant par rapport à la jurisprudence dont on voulait réduire le rôle à quelque chose de mécanique, à l'application telle quelle des textes législatifs, que par rapport aux autres instruments d'expression et de concrétisation du Droit.

En ce qui concerne ces derniers, par une extension du système de Roguin, on aurait pu arriver à prévoir dans les lois ce qui logiquement était du ressort contractuel ou de celui de la convention collective ou du statut.

L'attitude de Roguin comportait un correctif. Lui-même le

1. Roguin, *Observation sur la codification des lois civiles*.

proposait sous la forme d'une révision périodique des lois. Cette révision devait être rendue encore plus pressante par l'emploi d'une méthode d'interprétation strictissime, pour faire ressortir avec force les insuffisances. C'était employer la méthode du pire. Mais il ne fallait se faire aucune illusion. La loi a un caractère essentiel, qui est celui de tout instrument d'expression du Droit : généralité et préétablissement. Une revision périodique n'aurait pu corriger dans une certaine mesure que son caractère de préétablissement, en lui enlevant les risques d'être hors du temps. Elle ne touchait pas à son caractère général. Et en plus, cette procédure de revision, était un moyen qui n'était pas consubstantiel à la loi. Il lui était même tout à fait contraire. En effet, un des éléments de la majesté des lois, c'est leur permanence qui n'est qu'un autre aspect de leur caractère de généralité et de préétablissement. Et cette permanence ne peut se concevoir que si la loi offre un matériel qui puisse se prêter à une bonne interprétation, qui soit aussi une incessante adaptation aux nouvelles nécessités de la vie sociale. Le matériel qu'offre la loi, s'il n'a pas des vertus qui le rendent apte à une bonne interprétation, dépréciera les moyens d'interprétation de la loi, quelle que fût l'excellence de ceux-ci. Ce qui fit la majesté de la loi des XII Tables (1), c'est précisément sa permanence qui ne fut obtenue que grâce à un matériel qui se prêtait admirablement à une ingénieuse interprétation.

Dans le système de Roguin, le fait que la procédure de revision ne procédait pas d'une qualité consubstantielle à la loi, mais d'une impulsion extérieure, donnait à ce système une allure irrégulière, procédant par à coups et risquant d'être ou en avance ou en retard et d'obéir à des systèmes idéologiques préconçus. Une autre attitude était celle que préconisait M. Geny.

Ce fut dans le livre fameux : *Méthode d'interprétation et source de droit privé positif* qu'elle fut exposée pour la première fois. Comme le titre l'indique, M. Geny introduisait dans

1. Ihering, *L'esprit du Droit Romain*, t. II, pages 61-65. Paris, Maresq, 1886. Traduction Meulenaire.

ses préoccupations un élément de dynamisme autrement efficace que celui prôné par Roguin.

Toutes les sources possibles sont examinées par M. Geny et à chacune il essaie d'assigner une fonction en accord avec sa nature propre et cadrant avec l'organisation juridique française.

La source qu'il considérait comme la plus importante, était une bonne méthode d'interprétation. Il décrivait son fonctionnement et lui traçait en même temps ses limites, qui étaient élargies d'une façon considérable. C'était au juge, à la jurisprudence qu'il réservait le rôle le plus important pour résoudre juridiquement les nouvelles manifestations de la vie sociale. Il se rencontrait sur ce terrain avec d'autres auteurs, dont les vues ne coïncidaient pas tout à fait avec les siennes, bien que tous mettaient en évidence le rôle de la jurisprudence. Mais l'attitude de celle-ci est susceptible de diverses nuances. A l'une de celle-ci est attaché le grand nom de Saleilles.

Le système de M. Geny apparaissait au premier abord comme une réhabilitation de la jurisprudence. De toutes les sources qu'examinent M. Geny, c'est celle-ci qu'on allait mettre en avant. On voulait étendre de plus en plus le domaine du juge. On allait aboutir inévitablement à des exagérations. Une réaction devait intervenir.

Elle commença à se manifester dans un autre ouvrage de M. Geny. *Science et technique en Droit privé positif*, dans le tome IV.

M. Davy (1) dans une intervention lors de la discussion qui eut lieu à la Société Française de philosophie en décembre 1924, à propos de la crise de la loi et du contrat, insistait lui aussi, sur la nécessité de tracer des frontières très nettes à la liberté du juge.

M. Hauriou (2) discutant du standard juridique, nom qui

1. Dans le *Bulletin de la Société Française de Philosophie*, n° de décembre 1924.

2. Hauriou, *Police juridique et fond du droit. Revue trimestrielle de droit civil*, 1926, n° 2.

signifie avec celui de directive juridique, un ensemble de procédés employés par le juge pour arriver à résoudre les cas nouveaux qu'on lui soumet, le considère comme un moyen inférieur à la loi.

La première exagération, celle d'un développement excessif du domaine législatif, s'est-elle produite, ou les recommandations de Roguin furent-elles sans lendemain ?

Il est évident que si ses désirs ont été satisfait, ce ne fut pas d'une manière consciente. Nous voulons dire que ce ne sont pas des juristes pénétrés de sa doctrine qui mirent sur le chantier le grand nombre des lois qui se rapportent au domaine du Droit privé, mais surtout au domaine du Droit ouvrier. Ce sont d'autres causes qui étendirent démesurément l'intervention du législateur.

Nous nous contenterons au cours de cette étude de les indiquer seulement, sans nous arrêter à elles, parce que ce serait sortir du cercle de nos préoccupations. Celles-ci sont d'ordre juridique et ces causes ne le sont pas. Si le domaine du Droit ouvrier souffre d'un excès de légalisme qui prend toujours une allure réglementaire et si le domaine du Droit civil en est plutôt exempt, la raison doit être cherchée dans le fait que l'élaboration du Code civil et en général des lois civiles s'est faite en respectant certaines conditions premières tandis que le Droit ouvrier les a méconnues, s'élaborant sous l'influence des causes étrangères correspondant à certaines aspirations sociales.

Au cours de cette étude on s'efforcera de découvrir quels éléments de composition ont permis au Droit civil de ne pas être étouffé sous un amoncellement de textes législatifs et quels éléments ont au contraire alourdi le Droit ouvrier. On se fera une conception plus nette des qualités du Code civil, par un examen de la constitution interne du Droit ouvrier. Les qualités du Code civil, une fois mises en évidence, on essaiera de voir quelles formes elles doivent prendre, afin d'être étendues dans tous les domaines du Droit privé. On parlera donc dans cette

étude plutôt du Droit et du Code civil que du Droit et des lois ouvrières.

Après avoir dit quelques mots de l'excès de réglementation légale se manifestant particulièrement dans le Droit ouvrier, notons que cet autre excès résultant d'une trop grande liberté accordée au juge s'est manifesté à son tour. On a vu que trois éminents auteurs on cru devoir réagir contre lui.

Après ce que nous venons de dire et après avoir indiqué quelles sont les exagérations auxquelles peut donner lieu un trop grand engouement pour l'une ou l'autre des sources de Droit, ne pourrait-on pas nous reprocher de tenter presque l'impossible en essayant d'établir une harmonie dans l'activité créatrice des diverses sources de Droit. Des grands esprits l'ont tenté, y consacrant des années de réflexion et l'expérience de toute une vie sans épuiser ce sujet.

Nous n'avons pas la prétention de les suivre, même de loin, sur les sommets qu'ils ont atteint. Mais ces précédents redoutables ne nous découragent pas. Nous essaierons de montrer notre point de vue en nous estimant suffisamment récompensés si nous aurons fait avancer la question d'un seul pas.

Dans l'énonciation que nous avons fait des instruments qui expriment et qui concrétisent le Droit, il en est un, qui de par la position même qu'il occupe parmi les autres, peut être considéré comme le point central. Nous voulons parler de la loi, instrument d'expression du Droit. La façon dont se présente la loi, a la plus grande importance, étant donné que les répercussions auxquelles peut donner lieu sa structure intime, se font sentir dans les rapports qui existent entre elle et les autres instruments d'expression et de concrétisation du Droit. Dans l'organisation juridique française, le rôle le plus important est dévolu à la loi. Il n'est donc pas étonnant qu'une certaine physionomie de celle-ci puisse avoir des conséquences multiples et différentes.

En ce qui concerne la jurisprudence, il se peut que la loi offre un matériel plus ou moins apte à une bonne interprétation du

juge. Il ne faut pas oublier, en effet, que la jurisprudence n'est dans le système français qu'une source seconde, son but étant d'interpréter la loi. La jurisprudence ne se meut que par rapport à la loi. Elle peut dépendre de celle-ci plus ou moins étroitement, mais tant que le juge ne statue pas d'après l'équité seulement, le rôle de la jurisprudence comme source de Droit se trouve restreint. C'est une véritable servitude qui pèsera toujours sur toute méthode d'interprétation. Elle dépendra de la source première qui se trouve être ici la loi.

La façon dont sera construite celle-ci n'est donc pas indifférente. Certains textes offriront de grandes facilités à une bonne interprétation, ce qui permettra une incessante adaptation de la loi aux nouvelles exigences de la vie sociale, tandis que d'autres n'offriront que peu de ressource, ce qui aura les conséquences suivantes :

1^o La jurisprudence ne pourra trouver les solutions imposées par les nouveaux besoins sociaux, ce qui produira une certaine stagnation dans l'évolution de la vie sociale, ces textes n'étant pas extensibles. Tout au plus une casuistique forcenée pourra parvenir à des résultats limités.

2^o Ou bien la jurisprudence mettra délibérément de côté le texte légal, ce qui se produira la plupart des cas. Elle statuera en fait d'après l'équité, même si pour sauver les apparences elle s'efforcera de lier tant bien que mal ses solutions aux dispositions légales.

3^o Il se peut enfin que la jurisprudence trouve dans la loi même, certains principes contenus en puissance et dont le développement la fera fonctionner arbitrairement. Par d'autres moyens, la jurisprudence arrivera au même résultat qu'au n^o 2. Il en résultera deux situations extrêmes, dont aucune ne sera satisfaisante.

Devant nos craintes, on nous objectera qu'un élément sera toujours soustrait à toute critique.

Quel est donc cet élément si important, au point que par sa seule présence il est un gage de progrès et de perfection ?

On nous dira : le Droit n'arrive à sa réalisation complète que par la détermination d'un bénéficiaire et du contenu de son droit particulier. Ce moment est celui où le juge dit le Droit.

Le Droit qu'il dit est contenu dans une formule qui est susceptible d'une exécution forcée. Mais comment a-t-il pu établir cette formule ? De quoi est-elle le résultat ?

Rarement de l'application mécanique d'une règle générale et préétablie. Presque toujours d'un certain nombre de procédés intellectuels. Or, si un instrument de progrès existe sans contestations possible la vie du Droit, c'est bien celui qui est représenté par le juge. Mais l'œuvre de la jurisprudence consiste précisément dans cet ensemble de procédés intellectuels. Ceux-ci dépendent d'une certaine *forma mentis*. Or peut-on dire qu'elle a subi des changements défavorables ? Pas du tout ! Héritier de la pensée gréco-romaine, l'Occident trouve dans cet héritage assez de possibilités de progrès pour qu'aucune inquiétude puisse naître de ce côté. Mais il ne faut pas oublier une chose. Pour que des procédés intellectuels puissent être un facteur de progrès, il ne faudra pas qu'ils soient envahis par des éléments étrangers à leur substance.

Ce qui permet à l'intelligence de rendre de grands services, c'est la soumission au fait.

C'est par une *adequatio rei et intellectus* qu'on obtient la primauté de l'intelligence.

Lorsque cette *adequatio* se produit, il n'y a plus de place pour l'intervention d'éléments étrangers qui sont, disons-le tout de suite, de nature sentimentale.

Il importe donc, que l'œuvre de la jurisprudence puisse évoluer dans un équilibre parfait des éléments intellectuels et sentimentaux.

On peut en dire autant du législateur. Il faudra que lui aussi se soumette au fait, et n'invoque pas à tout propos un sentiment, quelque fût son nom. Car si la jurisprudence est forcé d'invoquer souvent un sentiment, c'est bien parce que celui-ci

existe en puissance dans la loi même. La jurisprudence ne pourra pas l'ignorer, sa mission étant de l'interpréter.

Si la jurisprudence faisait un usage fréquent de sentiment, on peut se demander où serait les limites de son application, un sentiment pouvant interpréter tous les faits conformément à sa substance.

On verra au cours de cette étude, comment une législation peut arriver à contenir en puissance une grande dose de subjectif et comment on doit s'y prendre pour l'éviter.

Entre autres causes, si la loi contient du subjectif en trop grande quantité, ne le doit-elle pas à la trop grande extension de son domaine? N'a-t-elle pas englobé ce qui normalement n'était pas de son ressort?

Ce qui revenait par exemple à la coutume ou au contrat et à la convention collective, n'a-t-il pas passé dans la loi, et ce passage ne se manifeste-t-il pas par certains indices qu'on peut discerner dans la physionomie de la loi? Et ces indices ne permettent-ils pas de dire que la loi s'est incorporée du subjectivisme en dose massive? Et celui-ci ne réagira-t-il pas à son tour sur l'interprétation jurisprudentielle de la loi?

Germes d'incertitude, d'imprécision, d'arbitraire et d'insécurité, le subjectif s'il ne peut pas être rejeté tout à fait hors du Droit, peut au moins trouver des formes juridiques qui anéantissent ses défauts, à moins qu'elles ne puissent les transformer parfois en qualités.

Nous avons parlé plus haut des conditions premières qu'il est souhaitable de voir respecter par tout Droit, tant au moment de sa formation que pendant le reste de sa vie. Car des déviations peuvent se produire à tout moment. L'un des résultats découlant du respect de ces conditions premières est précisément la disparition progressive du subjectivisme de l'organisme juridique, et en premier lieu de la loi. C'est l'aspect de celle-ci qui importe. Parmi les moyens d'exprimer le Droit, la coutume, qui naturellement renferme une grande dose de subjectivisme, est aujourd'hui bien déchue de son importance.

L'aspect sous lequel elle subsiste encore et la façon dont elle se forme, mettent au premier plan les instruments de concrétisation du Droit et parmi ceux-ci seulement quelques-uns : les contrats et les conventions collectives. Il n'est pas étonnant que ce soit ainsi, si l'on songe que le contrat et la convention collective sont des instruments juridiques maniés par des sujets de droit et dont le contenu peut être déterminé par ceux-ci plus ou moins librement. Par conséquent, tous les nouveaux besoins économiques et sociaux pourront être organisés juridiquement et la loi, ceux-ci une fois bien établis, pourra les recevoir dans son sein, en les *descrivant* pour les sanctionner. La véritable force impérative se trouvera autre part que dans la loi. La loi aura donc devant les nouvelles formes juridiques de la vie sociale, une attitude objective. Celle-ci se retrouvera aussi dans des domaines autres que ceux du contrat et de la convention collective. Ce sera la position que l'on a devant un fait et dont on se saisit par perception et représentation.

La physionomie de la loi peut prendre deux aspects différents. Ceux-ci dépendront du fait suivant : la préexistence du fait, de l'objet, à la consécration ou à la réprobation légale, ou bien la création du fait, de l'objet, par les commandements de la loi.

Le fait dans l'espèce est constitué par une activité que la loi consacre ou réprouve dans le premier cas, et qu'elle impose dans le second cas.

Dans ce dernier cas, la loi aura un aspect amorphe, réglementaire. Elle aura empiété sur le domaine de la coutume, du contrat, de la convention collective et du statut. En outre, elle aura rendu la tâche de la jurisprudence plus difficile, en la faisant tomber dans les deux situations extrêmes que nous avons signalées plus haut.

Il résulte de ce que nous venons de dire, que le débat se ramène à la lutte entre le subjectif et l'objectif.

Notre but est de découvrir d'après quels indices on peut déceler ces deux éléments, et une fois établis d'en indiquer les conséquences.

CHAPITRE PREMIER

DES CONDITIONS PREMIÈRES (1) QUI DOIVENT ÊTRE RESPECTÉES DANS LA FORMATION DU DROIT

I

Cette étude a un intérêt rétrospectif évident en ce qui touche le Droit Civil.

Nul ne nie en effet que celui-ci s'est élaboré sous une influence marquée de l'esprit du Droit Romain, mais il s'en faut que notre étude soit dénuée de tout intérêt pratique et actuel. Nous avons, en effet, dans le Droit industriel une législation qui est encore à son berceau, il ne faut pas se le dissimuler. Cet élément nouveau dans notre vieille civilisation juridique, nous permettra de prendre sur le vif les idées générales qui découlent de l'étude abstraite de la formation du Droit. Mais précisons la manière dont se pose la question.

Le point de vue économique ne nous occupera pas.

La différence qui nous intéresse est d'un autre ordre.

Comme le remarque M. Morin, autrefois la production se faisait par les esclaves. Il n'existait pas de rapport juridique entre ceux-ci et leurs maîtres. C'est là uniquement que se trouve la différence essentielle, et non dans le fait de la multiplicité des ouvriers, puisque même alors il existait un état de concentration des masses ouvrières. Les latifundiaires Romains avaient des milliers d'esclaves, dont ils étaient les maîtres absolus, ayant envers eux la position du propriétaire envers sa chose. Il ne

1. A cause du caractère spécial de la notion de « spontanéité du Droit » et qui réunit sous ce nom les conditions premières qui doivent être respectées dans la formation du Droit, nous nous sommes permis de faire dans ce chapitre des citations massives de Ihering, non seulement en note, mais dans le texte même.

pouvait donc pas exister une réglementation du travail. Le Droit Civil étant la reproduction de l'état de chose Romain, n'a pu transmettre à travers les siècles ce qu'il n'avait pas. Tout ce qui s'y trouve, se réfère, en ce qui concerne les biens, à la transmission et à la distribution de ceux-ci et non à leur production.

Le contrat romain ne peut remplir efficacement son rôle que dans ces deux directions d'activité économique. Et même les professions libérales, sauf les hommes de loi, même les artisans travaillant pour leur propre compte ne trouvaient pas dans le Droit Civil, leur réglementation corporative. Ces genres d'activité étaient trop peu considérés par les Romains pour qu'ils fassent, l'honneur de les recevoir dans les lois des citoyens.

Il n'existe pas dans le Droit Romain d'institutions réglementant la production. Voilà pourquoi la place s'offre nette aux constructions nouvelles et qu'on est en droit de se demander quelles sont les conditions dont le respect, dès l'aube d'un Droit assure à celui-ci une bonne et saine croissance.

II

Donc il s'agit d'un domaine absolument nouveau et pour l'organisation juridique duquel nous trouvons peu d'éléments dans les autres monuments législatifs susceptibles d'une application directe. Pour arriver à ceux qui pourront nous être utiles, il faudra creuser profondément, pour retrouver à travers l'aspect qu'ils ont pris dans le Droit déjà formé, les principes qui apparaissent dans toute leur force et leur nudité au moment de la naissance du Droit. On peut répliquer, que ce n'est pas tout à fait le cas qui se présente actuellement, ce domaine n'étant pas tellement nouveau, puisqu'il a subi une réglementation assez touffue. Mais pour l'appréciation critique de la législation industrielle, qui malheureusement n'a encore qu'un caractère par trop réglementaire, il n'est pas

du tout inutile d'employer la méthode esquissée ci-dessus. De plus, étant dans un domaine de discussion théorique et ne visant pas à des résultats pratiques immédiats, nous pouvons faire théoriquement table rase de ce qui existe, pour qu'en remontant aux conditions premières d'une saine évolution du Droit, nous en arrivions à le reconstruire d'après les données que nous aurons dégagées. Chemin faisant, nous pourrons prendre une conscience plus claire de ce qui existe, par l'examen que nous ferons de la manière dont la nouvelle législation a respecté ces conditions premières.

Ce qui nous indique qu'il n'est pas trop tard de procéder ainsi, c'est un des aspects même de cette législation. Nous faisons allusion à son caractère d'inachèvement (1). Mais pour notre part, nous croyons que celui-ci est dû non au moment où l'on se trouve, et devant disparaître avec le temps, mais à la structure intime de cette législation, à son essence même, ainsi que l'ont formée les méthodes employées pour l'édifier.

Elle n'a pas encore trouvé des limites à l'intérieur desquelles se passent les modifications nécessaires à une constante adaptation aux besoins nouveaux, faisant descendre l'incessant changement du principal au secondaire. On n'a pas encore fait dans cette législation la part du permanent et du général d'un côté, du secondaire et du contingent de l'autre. On a plutôt favorisé ces derniers.

En ce qui concerne les conditions premières dont il a été question plus haut, elles ont été mises en relief avec force par Ihering, dans son célèbre ouvrage *L'Esprit du Droit Romain* (2). Nous reproduirons le chapitre relatif à la spontanéité dans le Droit. Il qualifie la spontanéité « condition de toute perfection ». Une petite partie seulement de ce chapitre sera reproduite dans le texte.

« Nous reconnaissons la spontanéité dans une personne, dit

1. A. Rouast, *Cours de législation ouvrière*, 1928-1929, p. 25.

2. Ihering, *L'Esprit du Droit Romain*, t. II, p. 20 et suiv. Paris, Marescq, 1886. Trad. Meulenaere.

« Ihering, lorsque celle-ci possède la force de se déterminer
« par elle-même et d'écarter les influences étrangères en tant
« que celles-ci ne répondent pas à sa propre conviction et au but
« qu'elle se propose d'atteindre. La spontanéité n'est donc pas
« encore la perfection. Elle se concilie avec le bien et le mal.
« Mais elle est la condition de la perfection, car la perfection
« ou plutôt le bien, n'acquiert sa valeur normale que du
« moment qu'il est le fait de son propre sujet.

« Transportant l'idée de la spontanéité dans le domaine du
« Droit, nous dirons que le Droit se détermine d'après des con-
« sidérations qui lui sont propres. s'il reste insensible à toutes
« les influences étrangères. Supposons maintenant que le con-
« tenu du Droit puisse être objectivement déterminé et aussi
« indubitablement que les vérités mathématique, de sorte que
« les peuples n'aient qu'à le cueillir comme un fruit mûr sur
« l'arbre de l'expérience.

« Le Droit affirmerait sa spontanéité en réalisant ce contenu
« pur et sans mélange d'une manière uniforme dans tous les
« cas, malgré les courants contraires et les obstacles. Le moyen
« le mieux approprié à cet effet est l'établissement d'un appareil
« exclusivement destiné à ce but de réalisation du Droit et qui
« par son seul contraste avec les autres mécanismes par les
« moyens desquels s'exerce le pouvoir public, signale les
« limites entre ce but de la communauté et les autres. Tout
« empiétement de la puissance publique dans le domaine du
« Droit est ainsi, sinon rendu impossible en fait, au moins signalé
« comme un acte de violence et par cela même rendu morale-
« ment et politiquement plus difficile. Tant que cette séparation
« entre le pouvoir spécialement consacré à la réalisation du Droit
« et l'ensemble des pouvoirs de l'Etat n'est pas accomplie, tant
« que l'Etat pourvoit sans distinctions à tous les intérêts de la
« communauté comme pouvoir unique et sans partage, le Droit
« manque de la condition première nécessaire pour sa sponta-
« néité.

Après avoir expliqué ce qu'il entend par la spontanéité du

Droit, Ihering continue les développements de cette notion en procédant à des distinctions.

Il y a deux sortes de spontanéité du Droit, dit-il :

1^o La spontanéité formelle ;

2^o La spontanéité interne.

Toutes les deux sont l'expression d'une même tendance, et lorsqu'elles se réalisent complètement, d'un même état. Ces vers une objectivisation du Droit que la réalisation de la spontanéité conduit.

En ce qui concerne la spontanéité formelle, Ihering perçoit ses premières manifestations au moment où apparaissent la loi et le juge.

Dans le chapitre (1) qu'il consacre à la spontanéité formelle,

1. Le premier pas vers la spontanéité du Droit est donc « la séparation
« de l'administration de la justice des autres branches de l'administration,
« au moyen de l'institution d'autorité auquel l'Etat donne la mission et im-
« pose le devoir de dire le Droit, c'est-à-dire les tribunaux. Le juge est
« l'expression personnifiée de la spontanéité et de l'indépendance du Droit
« reconnue en principe par l'Etat. A Rome paraît-il, ce premier pas a été
« accompli par Silvius Pullias. Jusque-là toute la puissance publique était
« exercée par le Roi, sans partage aucun, Servius Pullias le premier a créé
« des juges pour les contestations civiles et leur a prescrit les règles d'après
« lesquelles ils avaient à dire le Droit. Vrai ou faux, le renseignement est
« digne de remarque. Il montre que ce Roi, ou tout au moins l'intuition
« populaire qui a donné naissance à la légende a saisi exactement l'import-
« tance de l'organisation judiciaire dans la constitution dont le créateur et
« l'ordonnateur à Rome est précisément le même roi.

« La simple séparation de l'administration de la justice et des autres
« branches de l'activité de l'Etat n'est encore que le premier pas nécessaire,
« d'autres doivent les suivre si l'Etat lui-même veut atteindre son but. Quel
« avantage en effet, aurons-nous acquis, si avec le juge nous sommes expo-
« sés au même danger que présentait le pouvoir unique et sans partage de
« l'Etat et que l'on voulait éviter en l'instituant : danger d'abus de pou-
« voir pour des buts et des considérations étrangères aux Droits. L'ins-
« trument de l'arbitraire seul avait changé. Mais comment éviter ce danger
« aussi longtemps que ce sont des hommes qui disent le droit, aussi long-
« temps que le droit n'est pas assis sur le siège du juge ? Comment empê-
« cher le juge de se laisser guider dans son jugement par des considérations
« étrangères au droit ? L'empêcher complètement n'est sans doute pas pos-
« sible, pas plus que l'on ne peut écarter entièrement l'intervention de
« l'Etat dans l'administration de la justice. Mais on ne peut au moins y
« apporter des empêchements sérieux. Ici encore, on peut entourer et
« comprimer l'arbitraire par des institutions qui lui opposent une barrière
« qu'il ne peut franchir qu'en la brisant, c'est-à-dire en se montrant à nu,

ce qui frappe l'esprit au premier abord c'est précisément cette liaison étroite qui existe entre la raison d'être de la loi et la raison d'être du juge. Ce sont avant tout des organes consacrés exclusivement au Droit, et qui dans leur manifestation et leur aspect ne permettront pas l'intrusion de considérations étrangères au Droit. La liaison entre ces deux organes doit être si étroite, disions-nous qu'avant de montrer comment l'apparition du juge et de la loi a repoussé le subjectif du Droit, il faudra écarter une objection que l'on pourrait nous opposer.

On nous dira : n'est-ce pas vers des temps révolus que l'on risque de retourner ? N'est-ce pas une nouvelle méthode exégétique que nous adoptons et par conséquent les objections qui l'ont à peu près anéantie ne surgiront-elles pas de nouveau ? On peut répondre à cela de la façon suivante : La méthode exégétique n'est peut-être pas le meilleur moyen de faire obtenir au Droit la plus grande spontanéité possible. La méthode exégétique est inévitable dans les législations qui ont incorporé un élément qui aurait dû rester externe au Droit, comme par

« tel qu'il est. Ces institutions sont de deux espèces : la fixation légale des
« règles de la procédure, la fixation du fond du Droit. La première, contraint
« le juge à partager le soleil et la lumière entre les deux parties. La fixation
« du fond du Droit l'enlève à la sphère et l'influence des idées et des senti-
« ments individuels, à l'intimité subjective du sentiment juridique absolu,
« qui est la meilleure retraite de la partialité, elle rend possible le con-
« trôle du juge en donnant au Droit matériel et extérieurement reconnais-
« sable .

« Le juge, l'organisation de la procédure, et la fixation légale des prin-
« cipes juridiques qu'il aura à appliquer, sont ainsi les institutions qui en-
« assurent au Droit un domaine extérieurement défini et un aspect fixe et
« perceptible, un mécanisme, lui donnent par cela même les conditions
« extérieures nécessaires pour réaliser avec le plus de fidélité d'uniformité
« et de sûreté possible le contenu qu'il doit accueillir. Ces institutions et la
« manière dont elles sont organisées, forme la base fondamentale de la
« justice dans l'application du Droit. Ce côté de la spontanéité du Droit, et
« qui laisse complètement à part le contenu du Droit, je le désigne sous le
« nom de spontanéité formelle du Droit. Sa mesure et son but sont uni-
« quement que ce qui est une fois reconnu comme Droit, soit inévitable-
« ment appliqué comme tel. Son moyen d'atteindre ce but, c'est la forme,
« c'est-à-dire la location, l'incarnation de la substance fluide du Droit, en
« corps solide et par cela même limité. Dans la forme se trouve la force
« mais aussi la faiblesse du Droit.

exemple des prescriptions religieuses, dogmatiques. Elle n'est qu'un moyen d'exprimer tout le respect qu'on doit à un élément ayant une plus grande force qu'un autre. En effet, remarquons que des deux éléments que ces législations se sont incorporés, simple utilité et élément religieux, l'un de par sa nature est permanent, tandis que l'autre est changeant : ces deux éléments se trouvant mêlés, la fixité de l'un empêche l'évolution de l'autre, et, les exigences religieuses étant plus impérieuses opposent une sorte de « veto » au changement que l'élément utilité commande pour continuer à garder son caractère d'utilité. Ces exigences religieuses se traduisent par des injonctions qui ne peuvent pas faire partie d'une construction spécifiquement juridique, mais sont inspirées directement par le principe religieux. De sorte « l'esprit » de cette religion étant trop vague et trop général pour être invoqué dans chaque cas particulier, on est obligé de ne tenir compte que de la règle écrite considérée en elle même. Voilà pourquoi la méthode exégétique est de mise en ces sortes de législation. Mais ces procédés ne peuvent-ils pas se rencontrer aussi dans une législation exempte d'un enchevêtrement de ce genre ? On peut les retrouver sans de trop grands inconvénients au premier temps d'une nouvelle élaboration législative, d'une nouvelle codification, surtout si celle-ci, comme le Code civil français, a été bien édifiée. A ce moment les règles légales elles-mêmes, touchant de près à la réalité, et la méthode d'interprétation s'attachant étroitement à la règle légale, elle a beaucoup de chances de trouver à travers celle-ci cette réalité même. De sorte que les seuls inconvénients peuvent surgir du risque de ne pas prendre en considération toutes les circonstances d'une espèce particulière. Mais ces circonstances ne sont que limitées à ce cas, elles ne sont pas l'indication de besoins nouveaux.

Aussi cette méthode où, comme le dit Saleilles (1), les diverses dispositions concrètes se servent réciproquement de majeure et

1. Dans la préface du livre de M. Geny, *Méthode d'interprétation et source en droit privé positif*, p. v.

de mineure pour la construction de syllogisme, susceptible de donner les solutions requises, en ne faisant appel à aucun élément extérieur, ne peut trouver sa justification de ce point de vue. Cette étude étant faite sous le signe du dynamisme dans le Droit, nous ne pouvons pas faire état d'une méthode qui n'a son utilité que précisément par l'exclusion de cet élément ou par sa réduction à l'état de quantité négligeable, résultant du fait qu'on ne considère qu'un laps de temps très court.

Mais ce qui rend encore plus évident le caractère antijuridique de cette méthode, et non seulement son caractère antisocial et anti-humain, c'est qu'elle ne concilie rien, elle violente. Entre la loi d'un côté et la réalité de l'autre, au lieu de tenir compte de ces deux termes du problème, elle en méconnaît délibérément l'un, la réalité sociale. Celle-ci sous la forme du cas litigieux, n'est que l'occasion qui déclanche le mouvement. Et on ne peut s'empêcher de reconnaître dans cela, un caractère agressif, ce qui indique avec plus de force encore, que la vraie place de cette méthode ne se trouve que dans les législations qui ont incorporé des principes qui sont au-dessus de la réalité, et qui servent à modeler celles-ci à leurs images.

Cette objection dissipée, voyons comment l'apparition du juge et de la loi ont écarté dans une très large mesure le subjectif du Droit.

L'apparition du juge seulement n'aurait pas suffi. En effet, si on suppose son existence sans celle de la loi, le subjectif aurait pu réapparaître de deux manières.

D'un côté, par les différences individuelles qui existent même entre les hommes sereins qui rendent la justice. Chacun aurait interprété différemment la coutume.

D'un autre côté, si l'on suppose ce danger écarté, il ne faut pas oublier que la coutume est pour une grande part subjective.

Le passage de la phase coutumière à la phase légale correspond au remplacement du subjectif par l'objectif dans la structure du Droit. Ce phénomène a été mis en lumière avec force toujours par Ihering dans le même ouvrage (1).

« L'aspect primitif qui signale les origines du droit de tous
« les peuples et que nous retrouvons d'une manière isolée dans
« le droit coutumier, présente au premier abord, au point de vue
« d'une appréciation purement sentimentale, un côté fort sédui-
« sant. C'est précisément le motif pour lequel une saine critique
« doit le considérer comme entaché d'une imperfection radicale
« La perfection apparente de cet état originaire du Droit qui
« cache une imperfection réelle, consiste dans l'harmonie et
« l'unité qui le caractérisent. Le Droit est avec son sujet, il vit
« dans son cœur comme sentiment, comme conviction juridique
« (*opinio necessitatis*). Il est un avec la vie, il ne la heurte pas
« ainsi que le fait la loi, comme une exigence étrangère, mais il
« lui est immanent, il est à son ordre propre, formé par elle-
« même. Il est un avec le temps, il progresse toujours et ne
« retarde jamais comme la loi. Enfin, la conception du Droit
« tout entière est une en elle-même, point de contrariété des
« lois. La décision ne se présente pas dans un paragraphe isolé,
« elle résulte de tout l'ensemble du Droit. Mais cette unité géné-
« rale, cette cohésion est précisément le signe de l'imperfection.
« Le progrès du Droit réside dans la destruction de cette cohé-
« sion naturelle, dans une séparation, dans une isolation conti-
« nuelle. »

Et plus loin :

« C'est dans les usages, les mœurs d'un peuple que son appré-
« ciation purement morale trouve son expression et la langue
« indique avec exactitude ce côté moral des usages en les dési-
« gnant sous le nom de mores. Mais d'un autre côté c'est pré-
« cisément dans la même forme que la conviction juridique se
« manifeste dans le Droit coutumier. Extérieurement donc on ne
« peut les distinguer. Il ne reste comme caractère distinctif que
« l'élément interne, c'est-à-dire l'opposition du Droit et de la
« morale (1) ou la différence que l'on doit s'efforcer d'établir

1. Et il faut ajouter aussi l'opposition entre le Droit et les mœurs qui ne comptent presque pas d'appréciation morale et aussi l'opposition avec les intérêts matériels.

« dans chaque cas particulier entre l'obligation juridique
« et le devoir purement moral. Cette distinction sera aisée
« dans un grand nombre de cas, mais il pourra arriver aussi
« qu'elle ne s'annonce que comme une différence graduelle dans
« la force de sentiment du devoir. Il arrivera même que la dis-
« tinction ne se développera d'aucune manière. En un mot le
« sentiment qui est au fond de l'usage, comporte, grâce à son
« indétermination, la possibilité d'une oscillation de l'un ou
« l'autre côté. C'est la substance morale à l'état fluide, le chaos
« dans lequel les éléments du monde moral flottent encore
« mélangés ensemble et dont les entités et les espèces ne se désa-
« grègent que très insensiblement. Une excitation extérieure
« peut pousser la masse fluide tantôt du côté du Droit, tantôt
« du côté de la morale. Dans le premier cas, le sentiment se
« manifeste comme chose absolue, dans le second cas qui est en
« lui-même identique, comme pure recommandation. Le motif
« en est que la substance morale se confond encore entièrement
« avec la personnalité de l'homme. Elle est soumise aussi comme
« tout ce qui est purement interne aux oscillations de son
« humeur individuelle.

« L'équilibre des forces que nous avons désigné plus haut
« comme une des qualités fondamentales du Droit, n'est donc
« pas encore établi ici. Le Droit n'a point cette fermeté et cette
« fixité qui forment son essence et le distinguent de la morale (1).

« La fluidité dans laquelle il se trouve caractérisait cette situa-
« tion extrême que nous avons nommée plus haut la *non spon-*
« *tanéité du Droit* et il est permis désormais d'opposer l'usage
« au Droit, comme l'état d'identité entre le Droit et la morale... »

Et page 36 :

« La tendance du Droit vers la spontanéité et l'objectivité
« dont la loi est l'émanation, a tout d'abord pour but de briser
« le règne du sentiment dans le droit. »

1. Ajoutons encore une fois que ce n'est pas seulement de la morale que se produit la distinction, mais aussi d'autres éléments que Ihering lui-même indique et desquels il sera question plus tard.

Et plus bas, même page :

« Tous les changements que fait surgir le système du droit écrit repose donc sur une séparation, une isolation. »

Page 37 :

« Le progrès du droit consiste en une séparation. »

Page 37, plus bas :

« Le progrès positif qui fait le droit lorsqu'on l'écrit peut s'exprimer en un mot comme étant la transition de l'intimité subjective à l'extériorité subjective. »

Page 38 :

« D'objet du sentiment qu'il était, le Droit devient objet de l'entendement, il est logiquement appréciable, objectivement mesurable. La raison discursive remplace de plus en plus l'intuition. »

Il ressort donc avec force et clarté des citations que nous venons de faire le processus de séparation, d'isolation qui se produit au moment du passage de l'état coutumier à celui de la loi écrite. Le Droit écrit laisse en dehors de sa sphère ce que Ihering appelle le sentiment. Plus tard quand le Droit écrit est bien assis, une opération inverse peut se produire : c'est que ce sentiment ne rejoigne dans la loi écrite, les éléments desquels il est séparé.

Mais qu'est-ce que le sentiment ? C'est ce qu'il y a de plus subjectif dans la vie. Et le caractère de cet état subjectif, c'est de varier dans le temps avec la vie, et dans l'espace avec les individus. Double variation qui fait tout de suite saisir la tâche malaisée que serait celle qui consisterait d'enfermer dans des articles de loi et des paragraphes cette complexité. Une législation qui la tenterait, s'exposerait de s'incorporer comme un principe consubstantiel, celui d'un perpétuel inachèvement.

Mais le subjectif ne doit pas être envisagé sous ce seul aspect des différences individuelles. Ce serait en avoir une conception insuffisante.

Il faut entendre cet élément comme constitué par une manifestation qu'indique l'étymologie du mot sentiment. Tout ce qui

atteint notre conscience à l'aide de nos facultés affectives est de nature subjective. Cet élément, on le « sent ». Le subjectif pourra se matérialiser par des actes et aussi s'entourer d'une enveloppe intellectuelle. Mais quelle que soit la forme sous laquelle il se manifeste, le fond n'en sera pas moins de nature subjective. Il y a des agissements et des pratiques dans la vie sociale, dont en dernière analyse, la raison d'être est la satisfaction de certains sentiments.

Cette forme du subjective a été elle aussi écartée par la loi, quand celle-ci a remplacé la coutume. Ce faisant, un autre aspect de la spontanéité du Droit a pu se manifester. Il s'agit de la spontanéité interne du Droit. En quoi consiste-t-elle ? C'est toujours Ihering qui va nous le dire (1).

« J'oppose la spontanéité formelle ou pratique du Droit qui
« se confond avec l'aptitude du mécanisme consacré à sa réalisation pratique, à la spontanéité interne ou matérielle du
« Droit. Cette dernière repose sur l'idée que le Droit n'est pas
« une simple forme qui peut recevoir un contenu quelconque
« mais que certains buts sont les seuls autorisés dans cette
« forme. En un mot, elle ne veut pour le Droit d'autre contenu
« que celui qui est donné par l'idée du Droit. Il s'agirait donc
« ici d'indiquer quel est le contenu voulu par l'idée du Droit.
« L'idée du Droit ? Ce seul mot offre le problème le plus élevé
« et le plus difficile de toute la science juridique, ce seul mot
« contient toute la science, sa mission sur la terre, sa position
« dans le monde moral, vis-à-vis de l'homme et de l'humanité.
« Ce seul mot renferme en même temps la critique de l'histoire
« tout entière du Droit. Si nous avions à traiter ici ce problème, il nous serait impossible de prévoir quand nous pourrions revenir sur le terrain de l'histoire. Mais une aussi longue
« préparation n'est pas nécessaire pour nous donner l'intelligence exacte des phénomènes que nous allons rencontrer. Les observations suivantes suffisent :

1. *L'esprit du Droit romain*, t. II, p. 30 et suiv.

« Parmi toutes les forces et les idées qui influent sur les
« actions humaines, le bien, le beau, l'utile, la religion, le Droit
« se distingue en ce qu'il se sert de la contrainte pour se réali-
« ser, et qu'ainsi il entrave la liberté des résolutions sponta-
« nées, le libre arbitre. Plus le Droit étend son domaine, plus
« celui de la liberté qui reste à l'homme diminue. Si le Droit
« pouvait arriver à comprendre le contenu tout entier de ces
« autres idées, si les préceptes de la morale, les usages de la
« vie, les dogmes de la religion et les lois nationales du beau,
« du vrai, de l'utile, devenaient des règles de Droit, l'homme
« ne serait qu'un automate. Il n'aurait d'autres mouvements à
« faire que ceux que la loi lui aurait prescrit. Il tombe sous le
« sens qu'entendu de cette manière, le Droit serait en contra-
« diction avec son idée même, c'est-à-dire avec sa mission et
« sa destination pour l'humanité. Il est impossible en effet que
« cette mission consiste à faire de l'homme une machine, à lui
« enlever précisément ce qui l'élève au-dessus de la nature
« inanimée et du règne animal, la libre détermination de ses
« actions propres. La reconnaissance du Droit de spontanéité
« est donc la première condition que nous attendons du Droit.
« L'étendue et la manière dont cette condition est réalisée dans
« un Droit particulier est pour nous la mesure aux moyens de
« laquelle nous apprécions sa spontanéité interne, c'est-à-dire le
« degré dans lequel il a compris et reproduit la véritable
« essence du Droit. Cette réunion n'est pas la seule qui s'im-
« pose au Droit. Le but de l'humanité n'est pas seulement d'as-
« surer l'existence éphémère et la libre détermination des
« actions des individus, l'humanité s'élève au-dessus de la sphère
« de la vie purement individuelle, elle comprend des organisa-
« tions plus élevées et plus durables qui ont également besoin de
« spontanéité pour la mission qu'elles ont à accomplir.

« L'existence de ces organisations se manifeste vis-à-vis de
« l'individu d'une double manière, d'abord en rehaussant son
« existence morale et son activité, ensuite en le subordonnant
« au but et aux nécessités de la vie commune, en le restrei-

« gnant par conséquent dans la spontanéité et la liberté de sa
« volonté. La mission suprême du Droit est de contenir, d'assu-
« rer et de renforcer la volonté de l'individu comme celle de
« ces êtres artificiels. L'on peut par conséquent nommer la juris-
« prudence, la théorie de l'équilibre de la spontanéité humaine.
« L'expérience de l'histoire montre que cet équilibre, bien que
« maintenu et établi par la force de la loi, n'implique pas tou-
« jours un équilibre réel de ces deux éléments. Tantôt l'un, tan-
« tôt l'autre est plus fortement développé. Tantôt le Droit de
« spontanéité du particulier prévaut aux dépens de celui de la
« généralité ou de la force du pouvoir public, tantôt ce dernier
« prévaut aux dépens de la spontanéité du particulier ou de la
« liberté individuelle. Dans ce dernier cas, se réalise une situa-
« tion extrême, que je nomme la non spontanéité du Droit. La
« première extrémité au contraire, quels que soient du reste les
« dangers et les maux qu'elle entraîne, reste néanmoins fidèle
« à l'idée supérieure du Droit, que l'homme n'est pas sur la
« terre un être sans volonté, une machine dans la main de la
« loi, mais qu'il a reçu des dieux un empire où sa volonté doit
« faire pencher la balance. La mesure de la spontanéité et de
« la non-spontanéité d'un Droit positif est donc pour moi la
« mesure de la liberté individuelle qu'il garantit...

« Le Droit Romain s'est conduit d'une façon particulière vis-à-
« vis de ces idées — idées qui d'ailleurs, comme l'expérience l'a
« prouvé, ont grandement entravé la spontanéité du Droit, en
« l'asservissant à leur but — il a laissé ces idées à leurs pro-
« pres forces et leur a interdit la forme de la contrainte. Il faut
« examiner le contraste que présente à cet égard le Droit
« de tant d'autres peuples, pour apprécier à sa véritable
« valeur l'importance de l'aspect romain antique de la
« chose.

« Dominé par l'élévation de l'idée de la divinité, l'Orient
« enchaîne les dogmes, les préceptes et les devoirs de la religion
« dans les liens du Droit. Le progrès même que Rome antique
« réalise sous ce rapport en séparant justement la divinité de

« l'humanité (1) disparaît de nouveau dans le xx^e siècle depuis la
« fondation de la ville éternelle. Comme en Orient le Droit doit
« prêter son bras pour poursuivre et punir les hérétiques et dis-
« sidents, jusqu'à ce qu'au commencement du xve siècle le pro-
« testantisme conquiert de nouveau au christianisme l'idée que
« Rome païenne avait déjà pratiquée : la liberté de conscience et
« du culte. Dans Rome antique le contraste entre le Droit et la
« morale est fortement tranché. Ce n'est point que les Romains
« estimaient moins haut les lois de la morale, mais ils sentaient
« plus clairement que maints autres peuples, que l'homme
« libre veut le bien pour le bien même et non parce qu'il y est
« contraint. Mais une nation, comme le peuple chinois, qui s'est
« engourdie dans une minorité perpétuelle, qui avec toute sa
« civilisation n'a pas dépassé l'expérience d'une vie d'enfant,
« n'a jamais compris l'idée de la liberté personnelle et avec
« elle la distinction entre l'essence particulière et le contenu
« du Droit et de la morale. Les lois de la Chine accompagnent
« l'habitant du Céleste Empire dans tout ce qu'il fait chez lui et
« hors de chez lui. La fabrication, la poésie, la science même se
« réjouissent d'être légalement réglées et surveillées par l'auto-
« rité. Et sur le sol européen, si nous voulons chercher des
« contrastes avec la séparation tranchée des Romains dans Rome
« antique entre ce qui était purement juridique et ce qui était
« purement moral ou utile, quelle riche moisson s'offrirait à
« nous. Quel sombre tableau nous présente l'état policé moderne,
« à une époque qui n'est pas encore bien loin de nous, en com-
« paraison de l'éclatante lumière que nous découvrons les origines
« du Droit romain antique ? Un despotisme éclairé abusait du
« Droit, le Droit de spontanéité du citoyen est foulé aux pieds
« pour favoriser des buts d'autorité réelle ou prétendue, aurait
« dû produire tout autre chose dans les lois que l'asservissement
« de la liberté individuelle. La législation doit garantir et res-

1 Ce n'est pas seulement la séparation de la divinité qui a eu lieu, mais aussi sur le plan purement humain, ainsi qu'on l'indiquera plus loin, qu'il y a eu des différenciations.

« pecter le plus possible le Droit de spontanéité, chacun doit
 « avoir le droit de faire même des choses inopportunes, et il
 « ne doit pas dépendre de la loi seule comme un corvéable
 « asservi à tous les buts que le pouvoir public juge digne d'être
 « poursuivis. La législation de cette époque n'avait pas la
 « moindre intelligence de ces idées. Dans Rome antique au con-
 « traire, tous, jusqu'au dernier citoyen, en avaient le sentiment le
 « plus exact, et là aussi est le motif de la réalisation de ce prin-
 « cipe dans le Droit antique.

Que sont donc les préceptes de la morale, les usages de la vie, les dogmes de la religion, les lois nationales du beau ? Des manifestations subjectives.

Le chapitre sur la spontanéité interne nous offre en même temps des éclaircissements sur ce que doit être le contenu du Droit et des indications sur les procédés qui permettent d'arriver à le réaliser.

Mais avant de commencer d'analyser ce que cette notion de spontanéité interne contient, il faut dire quelques mots de la façon dont le processus décrit plus haut s'est réalisé dans le Droit Romain. Ce processus est propre au moment où se trouvait le Droit Romain, c'est-à-dire à la première formation de tout Droit ? Les éléments dont il se débarrassait n'apparaissent plus sous la même forme, au moment où une nouvelle branche de Droit se greffe sur un corps ancien. Il y aura toujours, néanmoins, la nécessité d'une sélection dans les éléments qui seront susceptibles de recevoir la consécration juridique. D'ailleurs Ihering lui-même les indique.

Dans le Droit Romain, donc, c'est la religion, ses dogmes et ses préceptes qui se sont séparés du Droit en trouvant leur expression dans le Droit religieux, le *fas*. De sorte qu'il n'y a pas eu un amalgame de deux matières qui aurait eu une inégale autorité, dû à leur essence différente, l'une étant plus terre à terre, la réalité même, et l'autre au-dessus de celle-ci. Etant séparée, elles se sont réservées chacune leur propre possibilité d'évolution et on sait, en ce qui concerne le Droit, avec quel

art et quelle aisance il a pu être toujours maintenu à la hauteur de sa mission. Tout autre aurait été son sort, si des corps étrangers doués d'une grande force d'inertie, lui avaient été consubstantiels.

De même, un grand nombre de règles dont le respect s'impose et qui peuvent être réunies sous le nom d'usage ou de mœurs ont été du ressort du censeur et de sa « *nota censoria* » ayant comme sanction les réactions de l'opinion publique (1).

Voilà donc un des premiers processus d'élimination accompli. La règle légale qui est une limitation, a refusé sa consécration à des normes d'activité qui ont trouvé un meilleur moyen d'expression.

La règle légale est par elle-même un élément trop simple, insuffisant même pour que tout tourne autour d'elle. Sa contemplation exclusive peut donner naissance aux plus grandes complications. Considérée isolément elle pourra contenir n'importe quoi.

Si on considère la règle légale comme l'élément spécifique du Droit, pour déterminer le contenu de celui-ci, on sera forcé de faire appel à des considérations extrajuridiques.

On invoquera des raisons d'utilité individuelle ou sociale, l'équité, la solidarité, le Droit naturel, et basé sur l'un de ces facteurs, on scellera ses commandements en articles de loi, en règle légale. Car celle-ci est susceptible de recevoir n'importe quel contenu, que ce soit une simple reproduction de ce qui existe déjà dans la vie sociale, une répression de certaines manifestations condamnables ou l'imposition et la prévision de certaines actions.

La règle légale ne pourra pas révéler ce qui est spécifique du Droit, parce qu'invinciblement elle force à quitter le terrain du Droit pour des considérations d'utilité ou d'équité, qui bien que ne pouvant pas être méconnues par le Droit, n'en doivent pas moins subir une discrimination, afin de savoir

1. Ihering, *L'esprit du Droit Romain*, t. II, p. Trad. Meulemaere chez Maresq., 1886.

ce qui reviendra au Droit, et ce qui lui restera étranger, car les sphères du Droit, de l'équité et de l'utilité ne se superposent pas exactement.

Il existe deux termes dans ce problème de la détermination du contenu du Droit.

Le premier est constitué par le Droit et ses exigences, par ce qui lui est spécifique.

Le second est constitué par ce qui est susceptible de recevoir l'empreinte juridique, mais qui en cas d'absence de l'impératif juridique, n'en sera pas moins sous le pouvoir d'autres impératifs.

Or, la considération exclusive de la règle légale ne permet pas d'obtenir le premier terme du problème. C'est donc l'examen du second seulement qui sera possible.

Mais l'appréciation de l'utilité, de l'équité, car ce sont elles qui constituent le second terme du problème, est insuffisante pour déterminer ce qui revient au Droit.

On doit se livrer à une opération de discrimination, de comparaison.

Comment donc l'emploi de critères identiques à ce qu'on apprécie, à ce qu'on essaie de discriminer et de comparer peut-il conduire à un résultat ?

Dans la contemplation de l'utilité, de la morale et de l'équité, l'emploi pour faire la part du Droit de critère identique : d'utilité, de morale et d'équité, nous paraît tout aussi inefficace et vain pour arriver à une solution satisfaisante, que le désir d'Archimède de mouvoir la terre à l'aide d'un levier. Il lui aurait fallu un point d'appui. Celui-ci devait être extérieur à la terre pour qu'il puisse réussir, et non sur la terre même qu'il s'agissait de mouvoir. De même, le juridique étant extérieur à tous ces domaines, c'est lui seul qui peut conduire à un résultat dans la détermination de ce qui revient au Droit, et non des considérations puisées dans son contenu éventuel. On aboutit ainsi à une parfaite identité entre les deux termes de la comparaison.

Le problème doit être renversé.

Ce n'est pas par la subordination du Droit à des considérations qui lui sont externes, qu'on doit déterminer son contenu, mais ce sont ces considérations qui doivent respecter la nature propre du Droit, et être consacrées par lui, seulement dans la mesure où ce respect le permet.

En agissant ainsi, on ne risque pas de laisser en dehors du Droit ce qui mériterait de se trouver à l'intérieur de sa sphère.

C'est seulement la forme sous laquelle beaucoup d'idées intéressantes entrèrent dans le Droit, qui changera.

L'adoption de l'attitude proposée plus haut, et qui d'ailleurs a été énoncée d'une façon absolue, est la seule voie qui permette d'arriver au meilleur moyen d'expression et de concrétisation du Droit.

Et ceci ne sera possible que dans la mesure où on renoncera à considérer une règle légale isolément.

On ne peut se rendre compte si « l'idée de Droit » n'a été respectée que lorsque les règles légales peuvent se grouper dans des constructions juridiques. La possibilité de les édifier indique que les conditions contenues dans la notion de spontanéité du Droit ont été réalisées. Il ne suffit pas, pour qu'on ait « du Droit » de transposer dans la loi des exigences dont la nécessité se fait sentir.

Il leur faut subir une trituration et celle-ci ne peut avoir lieu que si la loi permet précisément d'édifier ces constructions juridiques tellement significatives et qui intègrent les règles légales considérées isolément. *Ces constructions sont indépendantes du contenu de ces règles. Elles dépendent de l'attitude de la loi envers les manifestations de la vie sociale.*

Si on a extrait de l'œuvre d'Ihering le chapitre sur la spontanéité dans le Droit, c'est parce que les conditions que celle-ci représente sont d'une telle compréhension, d'une telle généralité, qu'elle peut trouver sa raison d'être dans d'autres domaines, dans d'autres temps que ceux relatifs au Droit Romain.

Qualifiée de « condition de toute perfection » elle est l'esprit qui peut animer des formes multiples. On la retrouve à chaque degré de la création juridique depuis son fondement jusqu'à son faite. Chaque nouvel enrichissement de l'organisme juridique doit donc par définition contenir en puissance cet élément de spontanéité.

A mesure que l'édifice du Droit devient plus complexe, l'existence et l'influence de cette spontanéité sont de plus en plus difficile à dégager.

Facilement reconnaissable à la naissance du Droit, à cause des contours nettement tranchés des divers domaines qui pourraient être réglementés juridiquement, elle devient toujours moins apparente, jusqu'au point où son respect ne requiert plus une élimination de corps étrangers, mais une opération d'hierarchisation à l'intérieur de l'édifice juridique.

Des développements sur la spontanéité interne du Droit ressort clairement l'aspect du problème, tel qu'il se pose dans la réalité de la vie sociale, sous la forme de données antagonistes et dont les exigences doivent se résoudre dans une œuvre de conciliation.

III

Il y a deux limites entre lesquelles la spontanéité interne du Droit peut varier. Il ne faut pas oublier que celle-ci a comme caractère principal la part de liberté qu'elle reconnaît à l'individu, et en portant un jugement de valeur sur une législation, Ihering réserve ses préférences pour celles qui ont fait la part belle à celle-ci. Mais par la nature même de son étude, qui est d'être historique, ses conclusions sont plutôt des constatations, qui tel quel, ne pourraient pas donner tous les enseignements desquels est capable la matière. L'intérêt des développements sur la spontanéité, consiste en ce qu'ils fournissent les éléments nécessaires pour bien poser le problème de cette spontanéité, à propos de n'importe quel Droit et à tout moment de la vie de celui-ci.

Les deux moments que cette spontanéité peut atteindre s'opposent l'un à l'autre.

D'un côté, comme un extrême, on peut concevoir un état hypothétique, sans réglementation aucune. Mais c'est aussi un état de spontanéité absolu, non plus du Droit, puisque par hypothèse il n'existe plus, mais des actions individuelles qui trouveraient leurs impératifs et la contrainte que ceux-ci impliquent en dehors de toute discipline juridique. C'est dire que ce ne serait pas tout à fait l'idéal des anarchistes, comme on aurait pu le croire au premier abord. Les théories anarchistes impliquent une négation de la notion du bien et du mal. Dans l'état envisagé, hypothétique, il faut le redire, cette notion du bien et du mal prend une valeur exceptionnelle, parce que l'injonction qui pousse l'individu vers une action, ne tire pas sa force de la contrainte matérielle du Droit, mais d'un impératif de la conscience, libre de se déterminer en dehors de toute contrainte extérieure. Cet état de non réglementation serait donc la spontanéité dans la vie sociale poussée à l'extrême. C'est la thèse :

Devant elle se dresse l'antithèse, elle aussi indiquée par Ihering. C'est la réglementation de tous les domaines de la vie sociale et de tous les moments de celle-ci. C'est, car il s'agit ici du Droit, un état de non spontanéité absolu de celui-ci. C'est l'homme devenu un automate, l'évolution du Droit entravée, et l'interprétation réduite à une stricte exégèse casuistique.

La thèse donc, c'est l'entière liberté ; l'antithèse, la réglementation. La synthèse s'annonce par la transaction suivante : la liberté réglementée. Nous voulons dire par là que le législateur par le fait qu'il ne prévoit que les conditions de l'action et non l'action elle-même, consacre le principe de l'auto-réglementation.

Dans la mesure où elle sera respectée, la règle de Droit recevra une puissance nouvelle qui peut aller jusqu'à une transsubstantiation de son caractère. En effet, la règle légale par elle-même n'est rien, et considérée isolément, elle n'offre au regard

du chercheur que ses qualités mineures ou même ses défauts. Comme le remarque M. Hauriou (1), dans les règles de droit, il y a un principe de limitation. Pour qu'une règle de droit réduise au minimum celui-ci, elle doit consacrer son autorité à la reconnaissance des libres activités individuelles ou collectives. Si celles-ci avaient la permission de se réglementer elles-mêmes, la nouvelle règle de droit ainsi créée aurait son principe de limitation atténuée à son tour parce qu'elle serait le fruit d'une libre détermination. Imaginons que cette seconde règle obligatoire, au lieu d'être le produit d'une auto-réglementation, ait été imposée au dehors : du coup elle perdra toutes ses qualités. Le principe de limitation inhérent à toute règle de droit, sera d'une intensité extrême, une vraie entrave, dont l'utilité pour le domaine auquel elle s'applique ne pourra résulter que d'une coïncidence fortuite, coïncidence qui pourra garder à ces règles leur caractère concret. La libre détermination ne se transformant en action que sous l'empire de buts précis et multiples et pour des considérations infiniment variées, toutes prévisions de ceux-ci dans une forme générale et préalable risque d'être vague ou incomplète, et inopportune.

1. Hauriou, *La théorie de l'institution et de la fondation*, p. 8. *Cahiers de la nouvelle Journée*, n° 4.

CHAPITRE II

LES GRANDES CONSTRUCTIONS JURIDIQUES

Page 39 nous disions qu'une règle légale ne doit jamais subsister isolément, mais doit pouvoir s'intégrer dans un ensemble, dans une construction juridique, dont les grandes catégories sont indépendantes du contenu des règles légales.

Ces catégories ne dépendent que de l'attitude du législateur en face des manifestations de la vie sociale.

Une règle légale doit s'intégrer nécessairement dans une des constructions juridiques suivantes :

- 1^o L'institution ;
- 2^o Le concept pur ;
- 3^o La personnalité.

Chacune représente une attitude déterminée en face des manifestations de la vie sociale. L'institution, c'est la reproduction des formes d'activité normale qui se créent par la force des choses dans le milieu social. Le concept pur c'est la répression, l'anéantissement des formes d'activité anormale, monstrueuse qui peuvent se manifester dans le milieu social presque toujours sous une forme sporadique. Ce n'est pas un état continu et permanent que la loi condamne, mais au premier lieu la manifestation qui lui a donné naissance. La personnalité peut être considérée comme la condition d'une activité juridique et non l'activité elle-même.

Les explications nécessaires seront fournies dans les chapitres que nous consacreront à chacune de ces trois catégories juridiques. Il faut se demander quelle est leur raison d'être.

Celle-ci ressort précisément des développements antérieurs sur la spontanéité du Droit. On se rappelle que les éléments qui la compose sont les suivants :

1^o Liberté d'agir des personnes individuelles et des catégories sociales.

La liberté de celle-ci se manifeste par l'auto-réglementation des personnes collectives.

2^o Élimination du subjectif.

3^o Possibilité pour le Droit de tirer sa substance de son propre fond.

Nous pouvons l'affirmer dès maintenant et nous le prouverons par la suite, que lorsque la loi s'exprime par institutions, par concepts purs et par personnalités, ces trois aspects de la spontanéité se retrouvent dans le Droit.

L'existence de la spontanéité dans le Droit se manifeste d'une façon heureuse jusque dans sa technique. C'est à l'aspect technique du Droit que se rapporte surtout le troisième élément de la spontanéité.

La liberté d'agir des individus et des catégories sociales reflète au premier lieu l'aspect social et politique du Droit. Le second point, élimination du subjectif, en est la condition des deux autres. De notre étude il ressortira la fusion qui se produit entre les deux aspects du Droit : phénomène social et construction technique. Le Droit considéré sous son aspect technique est en fonction des idées sociales et politiques qui ont cours à un moment donné dans le milieu social.

Car il existe certaines conditions dans l'examen desquelles nous n'entrerons pas, qui ne permettront pas à la loi de s'exprimer par institution, par concepts purs et par personnalités.

Qu'arrivera-t-il alors ?

La spontanéité, conditions de toute perfection, n'existera plus dans le Droit.

La loi s'exprimera sous une forme que nous appellerions volontiers l'obligation légale. Elle aura un aspect fragmentaire, réglementaire. Les règles ne pourront plus s'intégrer dans un

ensemble, car pour l'existence de celui-ci, il faut un principe de limitation qui lui traçât ses contours.

Dans l'obligation légale, une règle de la loi sera liée directement à un principe subjectif, dont elle ne sera que l'expression. Or, un principe subjectif est susceptible d'application illimitée.

Nous ne consacrerons pas un chapitre spécial à l'obligation légale, parce que pour l'élucider complètement, il faudrait de trop longs développements (1). Néanmoins, par les quelques explications que nous fournirons, nous ferons ressortir sa physiologie véritable et éviterons par là les confusions auxquelles ce terme pourrait donner lieu.

L'obligation légale intervient surtout lorsqu'il n'existe pas de personnalités suffisantes dans le milieu social — soit qu'elles n'arrivent pas à se dégager, soit que leur développement soit entravé — personnalités qui puissent régler les ensembles d'intérêts qui constituent leur individualité.

Dans ce cas, c'est le législateur qui intervient directement.

Il en résulte une foule de conséquences en ce qui concerne l'aspect technique du Droit. Car nous disions dans l'introduction de cet ouvrage, qu'il suffit que la loi s'exprime d'une façon déterminée pour que la tâche des autres instruments d'exprimer le Droit et celle de ceux qui concrétisent le Droit s'en trouve fortement influencée.

La jurisprudence, le contrat, la convention collective et le statut verront se délimiter presque automatiquement leur champ d'action, conformément à leur nature si la loi s'exprime par institutions, par concepts purs et par personnalités, à l'encontre de leur nature, si la loi adopte un autre langage, ce qu'elle ne peut faire qu'en excédant sa compétence.

1. Le Code du Travail, dans le Titre III du Livre I et dans la quasi-totalité du Livre II, offre d'abondants exemples d'obligations légales. Le législateur, pour empêcher certains abus qui ne se sont pas encore produits, mais qui pourraient se produire, impose ce qu'il croit être susceptible de les rendre impossibles.

CHAPITRE III

L'INSTITUTION

Définition et description.

I. L'Institution de Droit privé est une forme que prennent les relations des particuliers avec les choses ou entre eux.

Le Droit, ainsi que le dit M. Rouast (1), trace seulement le cadre de ces formes d'activité qui naissent et se délimitent par la force des choses dans le milieu social.

Ces cadres se réfèrent à des activités normales et non anormales, ayant les caractères d'une monstruosité que l'on s'efforcera de corriger, basés la plupart des fois sur des considérations subjectives.

On a considéré l'institution, dans ce qui a été dit précédemment comme une construction juridique, comme étant un élément spécifique du Droit. Mais si on veut faire ressortir l'importance de l'institution et en donner sa description, ce n'est pas au Droit que l'on doit s'en maintenir. Il nous faudra en sortir, et regarder les aspects de l'institution tels qu'ils se présentent dans la complexité de la vie sociale, et non tels qu'on peut les trouver dans la loi.

Si pour avoir une idée claire de l'institution il faut sortir du Droit, une objection vient tout de suite à l'esprit.

On pourra dire : par quel détour, une série de phénomènes, qui pour prendre toute leur signification doivent être saisis en dehors de leur aspect juridique, peuvent-ils devenir un élément

1. A. Rouast, *L'abstrait et le concret dans le Droit valeurs de la nouvelle journée*, p. 157-179.

fondamental du Droit, dont l'existence à l'intérieur de celui-ci lui donne un caractère d'achèvement et, chose plus curieuse encore, lui garantit de fortes possibilités de développement ? Chose curieuse disons-nous, car une nouvelle difficulté pourrait surgir, celle de concilier l'immobilité et le mouvement. Achèvements et développements nouveaux sont des termes qui s'opposent. On pourrait avoir l'impression qu'on amoncelle à souhait les difficultés pour se donner le plaisir de les résoudre.

Ce n'est pourtant pas le plaisir de faire des paradoxes qui nous conduit à poser le problème de cette façon. Dans ce qu'il suivra on s'efforcera de donner les raisons de cette attitude.

Pour ce qui concerne la transmutation de l'institution, phénomène social, en élément juridique de la plus haute importance, les explications nécessaires seront fournies quand on abordera la position du Droit envers les situations qu'il se propose de consacrer. C'est la position du législateur envers celles-ci qui départage ce qui revient au Droit de ce qui doit lui rester étranger. On se souvient, que lorsqu'on a voulu justifier, d'ailleurs seulement sommairement à ce moment-là, ce qui nous faisait considérer l'institution, la personnalité et le concept pur comme des éléments juridiques fondamentaux, et plus que cela, comme des critères permettant de déterminer avec quelques chances de précision, le contenu du Droit, c'est aux attitudes que ces éléments impliquent respectivement qu'on a fait allusion, en disant que c'est seulement par celles-ci qu'on arrive à construire des institutions, des concepts juridiques, des personnalités morales, et non en se proposant directement de les atteindre. Ceci est vrai surtout en ce qui concerne les concepts purs.

La manière dont se concilie un état d'achèvement avec de nouveaux développements, et, ce qui plus est, les facilite, sera traitée quand on étudiera l'institution par rapport à l'expression et à la concrétisation du Droit.

L'institution est donc une forme normale d'activité sociale dans une sphère déterminée. En cherchant l'importance de

l'institution en dehors du Droit, nous prenons position dans la question de savoir d'où vient le pouvoir de création des institutions.

S'occupant de ce sujet, M. Hauriou (1) ramène le débat aux deux termes suivants : force créatrice de la règle de Droit d'une part, germes de création que la société contient dans son sein d'autre part.

« ... or, s'il est vrai que les règles de Droit sont pour les institutions un élément de conservation et de durée, on ne saurait en conclure qu'elles soient l'agent de leur création. C'est là tout le problème : il s'agit de savoir où se trouve dans la société le pouvoir créateur, si ce sont les règles de Droit qui créent les institutions ou si ce ne sont pas plutôt les institutions qui engendrent les règles de Droit, grâce au pouvoir de gouvernement qu'elles contiennent.

Après avoir ainsi posé le problème, M. Hauriou objecte à Duguit d'avoir « miser » sur la règle de Droit en lui accordant une importance exagérée, ce qui fit qu'il perdit la partie.

Nous sommes de l'avis de M. Hauriou, que ce sont les institutions qui engendrent les règles de Droit, et la présente étude, tout en cherchant à justifier cette opinion, essaiera surtout de faire ressortir les avantages qui découlent de cette manière de voir les choses.

Les lignes citées indiquent tout un programme dans l'attitude du législateur en face des complexités de la vie sociale.

Avant d'aborder ce domaine, il convient de fournir quelques explications supplémentaires sur les aspects de l'institution.

Sans faire de distinction parmi elles, M. Picard (2), se maintenant sur le terrain du Droit, les décrit de cette façon :

« Constamment, comme un spacieux vestiaire, des institutions juridiques sont prêtes pour les besoins infiniment variés des hommes organisés en société, en collectivités poli-

1. Hauriou, *La théorie de l'institution et de la fondation*, p. 7 dans les *Cahiers de la nouvelle Journée*, n° 4, 1925.

2. Ed. Picard, *Le Droit pur*, p. 47-48. Flammarion, 1908.

« tiques... Un seul exemple suffira à faire exactement saisir ce
« point de vue : le Code Napoléon et les trente-six titres en
« lesquels il est divisé. Chacun de ceux-ci est l'agencement d'une
« institution légale en rapport avec les aspirations juridiques
« françaises au commencement du xix^e siècle, et a réussi de
« façon plus ou moins heureuse à la satisfaire : c'est le mariage,
« la puissance paternelle, la tutelle..., c'est la propriété, l'usu-
« fruit, les servitudes..., c'est la vente, le bail, le mandat, la
« société...

« Aucune application n'en est faite dans le Code lui-même,
« mais chacune de ces spécialités instrumentaires est à la dispo-
« sition de quiconque en attend le service juridique, et il peut
« l'emprunter pour l'utiliser dans sa situation particulière.

On saisit dans ce qui vient d'être dit, deux aspects différents de l'institution.

Le premier est son rôle de synthèse, quand on se transporte sur le plan juridique. Devant traduire dans la loi, l'unité qui se retrouve dans la vie, mais dont on aperçoit au premier abord que les manifestations éparses, elle emploie comme élément analytique la règle légale. C'est une nouvelle preuve de la subordination de celle-ci, non plus en ce qui concerne sa véritable force impérative, mais par rapport à la construction de l'édifice juridique. Dans cette posture, la règle légale ne paraît avec toute sa force que lorsqu'on se représente intellectuellement la structure du corps juridique.

Par conséquent c'est au moment où l'on doit établir une liaison entre l'expression du Droit et sa concrétisation, que les possibilités d'intégration de la règle légale présentent le plus grand intérêt. Mais ce n'est pas dans n'importe quel ensemble que ceci peut arriver. Celui-ci doit être le fruit de l'attitude que l'institution, ainsi que nous la comprenons, implique, et qui sera décrite bientôt.

En effet, il n'existe à peu près pas de règle légale qui ne puisse s'intégrer dans un ensemble. Mais c'est seulement certains de ces ensembles, qui ont un caractère vraiment juri-

dique, et chose à retenir, objectif, les autres n'étant pas spécifiquement juridiques, et possédant en outre un aspect subjectif.

Le deuxième enseignement que la citation faite plus haut permet de retenir, a trait à la position de l'institution, construction juridique vis-à-vis de la vie sociale. Du dernier paragraphe surtout, il ressort avec force, sans toutefois que le problème soit posé en terme net comme le faisait M. Haurion, que le pouvoir créateur ne se trouve pas dans les règles de Droit, mais que celles-ci ne sont que l'expression d'un pouvoir qui leur est externe.

L'institution n'est pas seulement une synthèse juridique d'éléments qui ne le sont pas. Ses parties même peuvent avoir un caractère juridique. Elle contient toujours des « catégories juridiques » d'après M. Picard (1).

« Les cinq catégories de droit (personnelle, obligationnelle, « réelle, intellectuelle, universelle) se groupent, s'agencent en « institutions, en constructions juridiques suscitées par les « mœurs. Comme avec les vingt-six lettres de l'alphabet on « écrit tous les mots, comme avec les sept notes de la musique « on compose tous les airs, avec ces cinq catégories de droit on « forme toutes les institutions et opérations juridiques.

« Cette structure est réglée par la loi, ou la coutume, ou la « raison ; elles en sont les architectes, ce sont elles qui déterminent les « matériaux » et les conditions de chaque édifice « petit ou grand... Ces constructions composées sont tantôt « des corps distincts (droit et obligations réciproques, résultant « d'une vente, d'un bail, etc...), tantôt des groupements de droits « isolés, s'interpénétrant, ou se juxtaposant (Droit de famille « héréditaire, etc.).

Voilà donc l'institution qui montre une fois de plus, mais sur un autre plan, son aspect synthétisateur. Celui-ci d'ailleurs n'a de notre point de vue qu'une importance secondaire. Il ne s'agit plus ici, du passage de certaines formes de la vie sociale,

1. Picard, *Les constantes du droit*, p. 70 : Flammarion, 1921.

presque telles quelles dans un moule juridique, mais de l'intégration d'éléments qui sont eux-mêmes des catégories juridiques. C'est toujours cette fonction, peut-on dire quand on se réfère aux démarches de la pensée, que l'institution accomplit.

Parmi les institutions, on distingue deux espèces. En les mentionnant et en les décrivant, on justifiera en même temps ce qui nous a fait séparer la personnalité de l'institution.

Il y a deux types d'institutions, dit M. Hauriou (1) : « celles qui se personnifient et celles qui ne se personnifient pas. Dans « les premières qui forment la catégorie des institutions personnelles ou des corps constitués, le pouvoir s'organise et les « manifestations de la communion des membres du groupe « s'intériorisent dans le cadre de l'idée de l'œuvre après avoir « été l'objet de l'institution corporative, l'idée devient le sujet de « la personne morale qui se dégage du corps constitué.

« Dans les institutions de la seconde catégorie, qu'on peut « appeler des institutions choses, l'élément du pouvoir organisé « et des manifestations de communion des membres du groupe, « ne sont pas intériorisés dans le cadre de l'idée de l'œuvre, ils « existent cependant dans le milieu social, mais restent extérieurs à l'idée, la règle de droit établie socialement est une « institution de ce second type parce qu'en tant qu'idée, elle se « propage et vit dans le milieu social, mais visiblement elle « n'engendre pas une corporation qui lui soit propre, elle vit « dans le corps social, par exemple dans l'Etat, en empruntant à « celui-ci son pouvoir de sanction et en profitant des manifestations de communion qui se produisent en lui. *Elle ne peut « engendrer de corporation, parce qu'elle n'est pas un principe « d'action ou d'entreprise, mais au contraire un principe de « limitation. »*

Si on voulait chercher dans le Code civil des exemples des deux catégories d'institutions qu'on vient de décrire, on n'en trouverait qu'une seule, celle qui est nommée institution chose.

1. Hauriou, *La théorie de l'institution et de la fondation. Cahiers de la nouvelle Journée*, n° 4, 1928.

Ceci est explicable, si on se souvient que le Code Civil n'est que l'expression de l'individualisme.

La personne humaine est la seule manifestation « du principe d'action, d'entreprise » qu'une règle légale, bien que son principe à elle soit celui de limitation, peut consacrer quand elle est employée d'une certaine manière. Mais la personne humaine est si fortement et si visiblement constituée en dehors de toute règle légale, qu'il est quelque peu curieux de considérer l'homme comme une institution.

Ceci est encore plus vrai, si on adopte la thèse que l'homme sujet de droit, a des prérogatives avant toute existence en société, qui est seule capable de produire des formes institutionnelles.

On pourrait soutenir qu'il existe une personne morale dans le Code civil. Ce serait la Société. Mais sa reconnaissance comme personne morale n'est que récente et a été effectuée par deux arrêts, de beaucoup postérieurs à la promulgation du Code civil.

C'est le 23 février 1891 (D. P. 91.1.337 ; S. 92.1.73) et le 2 mars 1892 (D. P. 93.1.169 ; S. 92.1.497, notes de M. Meynal. Adde reg. 2 janvier 1894. D. P. 94.1.81 ; S. 94.1.129 ; 22 février 1898. D. P. 93.1.93) que la Chambre des requêtes de la Cour de Cassation a reconnu la personnalité juridique à la société civile.

Ces arrêts étaient difficiles à justifier, et d'ailleurs la Chambre des requêtes a « affirmé plus qu'elle n'a prouvé » (1) tellement il était difficile de concilier l'esprit individualiste du Code civil avec celui que la personnalité morale impliquait.

L'institution personne a une activité juridique qui prend différents aspects et qui suppose l'existence de nouvelles catégories juridiques. La reconnaissance de nouvelles personnalités est donc un enrichissement pour le Droit, et c'est cet enrichissement qu'on examinera surtout au chapitre de la Personnalité.

1. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil*, p. 619, t. II. Paris, Dalloz, 1924.

Il ne s'ensuit pas que l'institution personne n'a pas aussi un aspect d'institution chose. C'est surtout vrai pour ses accessoires.

La personnalité humaine suppose, pour agir sous une forme juridique, l'institution du contrat. Mais celui-ci, tant par la manière dont on peut l'apercevoir en dehors de sa reproduction légale que dans celle-ci, est une institution chose. La même chose pour la convention collective, instrument d'activité juridique pour certains groupements collectifs.

Et l'identité est encore plus marquée, parce que la source de Droit, leur moyen d'expression, est le même pour l'institution chose que pour l'institution personne. C'est toujours, dans l'état actuel, la loi qui les consacrent.

Mais l'institution chose n'est qu'une institution exprimée par le Droit, tandis que l'institution personne en dehors de ce caractère en a un autre : elle est aussi une institution exprimant le Droit, toujours sous une forme concrète, à l'aide du contrat, de la convention collective et du statut. Ce sont trois moyens de concrétisation du Droit, parce que l'action économique coïncide avec la détermination de ses aspects juridiques. Une clause contractuelle, conventionnelle, ou une disposition statutaire sont des actes. Toutefois, ils ne sont capables d'accomplir leur travail, que dans la mesure où le contrat, la convention-loi, et le statut ont été reconnus par la loi, celle-ci en outre reconnaissant les personnalités qui peuvent mettre en œuvre ces instruments. C'est pour cette raison que nous employons comme terme générique celui « d'expression du Droit ».

C'est au contenu que nous nous référons toujours et non au principe obligatoire que chacun de ces moyens contient. Si on disait « source de Droit », on comprendrait dans ce terme les deux notions de contenu du Droit et de force obligatoire. En effet, la coutume, la loi, ne tiennent pas leur force obligatoire d'autorisations formelles qui leur sont externes. Dans leur mode normal de fonctionnement elles tirent leur pouvoir d'elles-mêmes,

bien qu'il existe toujours des moyens de les justifier par des considérants de divers ordres. La loi civile même, tire son autorité d'une loi, la loi constitutionnelle, de la constitution.

Mais les clauses contractuelles, les conventions-lois et les règles statutaires si elles fixent à peu près discrétionnairement le contenu du Droit, ne tiennent pas du seul fait de leurs existences leurs forces obligatoires. Pour le contrat, il y a l'article 1134 alinéa 1. « Les conventions *légalement* formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». C'est donc dans la loi que le contrat puise sa force obligatoire.

La convention-loi sous sa forme imparfaite, embryonnaire, de convention collective de travail, est sanctionnée par la loi du 25 mars 1919 (devenue l'art. 31 du Livre 1^{er} du Code du travail). De même pour les statuts d'une société ou d'une association. Leur force obligatoire est reconnue toujours par la loi, n'étant que celle qui résulte d'un contrat. Dans la conception classique, c'est par une adhésion volontaire qu'on se soumet aux règles statutaires, même si on n'a pris aucune part à leurs rédactions.

C'est donc ce prolongement de l'activité juridique au delà des limites qui lui composent sa physionomie, qui différencie l'institution personne de l'institution chose. C'est dans ce sens qu'il convient de dire que l'institution personne contient un principe d'activité, d'entreprise, à la différence de l'institution chose qui est une limitation. Et c'est ce qui nous a conduit à les considérer séparément. Mais la manière dont les deux catégories peuvent être saisies dans le milieu social est la même, et leur expression par le Droit est identique. Elle est en concordance avec le principe de limitation que la règle de Droit contient, et toutes les deux impliquent la même attitude du Droit devant les complexités de la vie sociale. C'est donc de cette attitude qu'il s'agira dans la subdivision qui suit.

Les caractéristiques de la représentation légale de l'institution.

II. On a défini l'institution en se plaçant en dehors du Droit, comme étant une forme *d'activité normale*. Celle-ci se déroule au milieu des complexités de la vie sociale, dans un domaine déterminé, ce qui lui permet d'avoir une certaine unité.

De ces deux termes « activité normale », on peut tirer les plus riches enseignements pour ce qui concerne l'attitude du Droit envers les faits.

Que l'institution signifie activité, c'est une chose incontestable, quand on la cherche en dehors du Droit.

La vie n'est pas une stagnation continue, mais plutôt un perpétuel mouvement et si on peut saisir dans l'institution une certaine fixité, ce sera celle de ses contours.

Ceci nous amène à considérer l'institution dans sa représentation juridique, dans le contact des faits qui la constitue avec le Droit.

On peut se demander pourquoi lorsqu'il s'agit de l'institution construction juridique, on sent la nécessité de faire ressortir ce aspect d'activité. Au premier abord cela paraît tout aussi certain que dans le premier cas. Le Droit lui-même, n'est-il pas constitué par un grand nombre d'actions sanctionnées ou imposées ?

Ce qui nous fait croire que c'est avec raison qu'il faut considérer l'institution construction juridique comme le domaine qui est par excellence celui de l'activité dans le Droit, c'est le rapport qui existe entre l'activité telle qu'elle se déroule en dehors de la loi, et celle qui permet ou impose la loi.

En général, les rapports qui peuvent exister entre les faits de la vie sociale et la loi, sont de six sortes :

1° Reproduction presque telles quelles de certaines formes d'activité. La loi les décrit en les analysant au moyen des

règles légales. L'activité se passe donc en deça de la délimitation qu'a établi la définition de la loi, qui, la plupart des fois est contenue implicitement dans l'ensemble de ces règles. Il y a donc identité entre l'activité telle qu'elle se déroule en dehors du Droit et celle qui est sanctionnée par celui-ci. C'est la même. La loi n'a rien créé, elle n'a rien imposé, elle a sanctionné.

2° Création de certains organes afin de corriger ce que certaines situations contiennent d'empêchement à une activité normale et complète.

Cette seconde série de rapports tend à ce que les choses puissent se passer comme dans le premier cas ;

3° Prise en considération de faits ayant un caractère anormal, monstrueux afin d'effacer ou d'empêcher leurs effets ; donc création d'une situation contraire.

4° Construction d'organisme (la plupart du temps ceux-ci ne sont à leur tour que certaine forme d'activité sociale que la loi reproduit tels quels, comme dans le premier cas) qui rendent possible une activité économique, susceptible de prendre des formes juridiques.

5° Imposition d'une activité que la loi crée, en interprétant les faits, à la lumière de considérations d'équité et de morale.

Et enfin 6° ignorance par le Droit de certaines formes d'activité de la vie sociale.

Le premier et le second point sont du domaine de l'institution. Le troisième se réfère au concept pur. Le quatrième a trait à la personnalité.

Expliquons les points qui nous intéressent, c'est-à-dire le premier et le second. Après on passera aux développements et à la démonstration de ce qu'on vient d'affirmer. Quelles sont donc ces formes d'activité que la loi reproduit presque telles quelles (point I).

Ce sont le mariage, titre V C. Liv. Le divorce, t. VI. La paternité et la filiation, t. VII. L'adoption, t. VIII. La puissance paternelle, t. IX. Ceci pour ce qui concerne les personnes

(Livre I). Pour les biens (L. II). La propriété, t. II. L'usufruit, l'usage, l'habitation, t. III. Les servitudes, t. IV.

Au livre III : Les successions, t. I. Les donations, t. II. Les contrats et les obligations conventionnelles en général, t. III. Les contrats de mariage, t. V. La vente, t. VI. L'échange, t. VII. Le contrat de louage, t. VIII. Le contrat de société, t. IX. Le prêt t. X, Le dépôt et le séquestre, t. XI. Les contrats aléatoires, t. XII. Le mandat, t. XIII. Le cautionnement, t. XIV. Les transactions, t. XV. Le nantissement, t. XVII. Les privilèges et hypothèques, t. XVIII, et enfin la prescription, t. XX.

On a fait à dessein l'énumération de ce qui rentre dans le premier cas, afin de faire tout de suite ressortir la caractéristique du Code civil. Des trente-six titres qu'il contient, vingt-cinq ne sont, ainsi qu'on l'a dit plus haut, que la reproduction presque telle quelle de certaines formes d'activité de la vie sociale.

Les situations que les titres énumérés supposent, la loi ne les impose pas. Les unes même sont en dehors de la volonté de l'homme comme les divers états. Pour celles qui sont susceptibles d'un choix conscient de l'homme, la loi ne les crée même pas. Ceci est surtout vrai pour la famille et la propriété. Peut-on vraisemblablement dire que c'est la loi qui crée ces deux sortes d'états. Elle les consacre. Cette différence est grosse de conséquences importantes. Et que dire des règles supplétives que quelques titres contiennent.

La loi décrit la façon dont se passe les choses. Ce qui tombe sous sa description est passible de contrainte juridique, *ce qui reste en dehors ne l'est pas*. On sait toute la peine que les développements ultérieurs d'une institution déjà réglementée ont eu à s'imposer à l'attention du Droit et à sa consécration. Certains de ceux-ci sont tellement importants qu'ils aboutissent à la création de nouvelles institutions. C'est le cas de l'emploi du contrat de donation et du testament considérés dans leur essence, actes de disposition à titre gratuit. La loi ne prévoyait explicitement et implicitement que certains emplois. Quand il

s'est agi de faire à l'aide de ces deux instruments des dotations non plus à des individus, mais à des œuvres, à des idées, par conséquent d'élargir la façon dont fonctionnait précédemment l'institution des actes à titre gratuit, on s'est heurté à l'absence de texte qui eussent satisfait les nécessités spécifiques des nouvelles activités. Il a fallu employer des moyens détournés pour aboutir à la création d'une fondation qui, elle, n'est plus le développement d'une institution préexistante, mais une institution nouvelle.

La possibilité d'attribuer directement les biens à une œuvre qu'on a l'intention de fonder a été résolu par la jurisprudence, par la négative, tout au moins pratiquement (1).

Il reste que le Code civil n'a fait que reproduire dans sa plus grande partie ce qu'il trouvait dans la vie sociale. La même activité qui préexistait à toute loi s'est retrouvée dans les articles du Code. Celui-ci s'est efforcé de les traduire le plus fidèlement possible. Ce qu'il omettait n'était pas empêché de se manifester. Seulement si l'une de ces manifestations arrivait sous forme de litige jusqu'au prétoire, elle avait de la peine à prendre place parmi les constructions qui existaient.

L'expression la plus complète de cette première attitude de la loi en face des faits, est celle que révèle l'existence de règles supplétives. Du point de vue qui nous préoccupe actuellement, les règles supplétives sont comme l'indice d'une certaine timidité du Droit envers les faits. C'est seulement une recommandation qu'il fait aux libres activités qui chercheraient une forme juridique.

D'autres indices de la même attitude, moins radicale cependant, peuvent être trouvés à profusion. Même les institutions qui paraissent le plus éloignées de ce rôle de simple reproduction, sont quand même une interprétation des faits, non tant

1. Civ. 12 avril 1864. D. P. 64.1.218, S. 64.1.153, 14 août 1866, D. P. 67.1.110, S. 67.1.61, 7 février, 1912. D. P. S. 12.1.433. S. 1914.1. 305, note de M. Hugueny.

tels qu'ils auraient dû se produire, mais tels qu'ils se produisent réellement.

La succession *ab intestat* reproduit les intentions présumées du *de cuius*.

La prescription extinctive, parmi l'un de ses fondements contient la présomption que le droit du titulaire se trouve éteint. Et même si on se réfère aux justifications les plus puissantes, qui sont aussi valables pour la prescription acquisitive, on constate que le Droit consacre un état de fait, sans se soucier des considérations subjectives qui pourraient quelquefois s'y opposer avec raison. C'est la *consécration du fait* qu'il faut retenir. C'est le règne de l'objectif. Dans le domaine des institutions celui-ci est à peu près absolu. Et c'est loin d'être un mal. Pour le Droit une attitude objective est une condition des plus salutaire.

On saisit maintenant avec plus de force que lorsque nous l'avons énoncé, pourquoi nous avons placé l'institution sous le signe de l'activité. On peut y adjoindre aussi celui de l'objectif.

L'activité qui existe dans la vie sociale se retrouve tel quel dans la loi. La loi s'efforce de la comprendre dans ses limites. Si la règle de Droit ainsi que le disait M. Haurion est un élément de conservation et de durée pour l'institution, le principe de limitation qu'elle contient est fortement atténué, de sorte qu'il convient de parler plutôt de délimitation que de limitation. Dans l'institution, le Droit respecte l'action, ne l'entrave pas et la règle légale intervient pour consacrer l'activité et la rendre plus puissante et plus sûre, à l'aide des possibilités de contrainte matérielle qu'elle offre.

On peut donc dire que, théoriquement au moins, dans l'institution, le Droit ressemble à une asymptote qui cherche à s'approcher d'un point donné sans toutefois l'atteindre. Il essaye de se dépouiller de son principe de limitation, d'entrave, pour ne retenir que celui de protection et de garantie.

Ce qui importe c'est la tendance. Et celle-ci est incontestable. Pour être plus précis, on peut dire que l'institution est le domaine

des activités libres. Mais de quoi est donc l'indice, cette possibilité de liberté que le Droit consacre. N'est-ce pas la spontanéité « condition de toute perfection » qui reçoit satisfaction ? L'existence d'institutions n'est-elle donc pas la marque d'un solide édifice juridique ? Et l'existence d'institutions dépend de cette attitude de simple reproduction des activités libres.

Nous avons dit que ces activités sont normales. C'est ce qui explique qu'on a pu les reproduire presque telles quelles. Plus que cela. Elles sont indispensables. Elles s'imposent avec toute la force des situations de fait. Les considérations subjectives pèsent peu. Elles sont contentées indirectement. Qu'on prononce les noms de toutes les institutions qu'on a énumérées plus haut, et on se rendra tout de suite compte qu'aucune ne contient incluse une appréciation éthique. Elles sont indifférentes à celle-ci.

Quand on dit : propriété ou mariage, famille ou contrat de vente, s'est-on pour cela fait une idée de leur valeur morale ? Que d'anathèmes n'a-t-on pas jetés à certaines institutions ? Au nom de l'équité et de la justice, quels assauts n'a-t-on pas livrés à la propriété et à la succession ?

Le Code civil se compose donc, dans sa quasi-totalité, d'institutions. C'est la reproduction telle quelle de divers états de fait. On pourrait dire sans trop exagérer, que c'est un vaste procès-verbal de la vie sociale ainsi qu'elle existait au moment de son édification.

Et cependant peut-on refuser au Code toute conformité à la justice, ou au droit naturel, à l'équité ou à la règle morale ? Indirectement toutes ces considérations ont été satisfaites. Car ce n'est pas en les invoquant qu'on a construit les institutions. L'emploi de critères subjectifs, en matière d'institution est réduit au minimum. Ils n'ont plus le rôle créateur. Ils permettent seulement l'acceptation par le Droit des situations de faits. Et la plupart du temps, ils n'interviennent que pour justifier après coup ce qu'on vient de faire, car l'évidence et le caractère indispensable des institutions s'imposent avec une trop

grande force à l'attention. C'est la réalité dans toute sa force, l'objectif dans tout son éclat. Mais comment arrive-t-on à les saisir ?

Les deux opérations de l'esprit qui conduisent à cela, sont la perception et la représentation.

Les deux ne supposent l'intervention d'aucun élément subjectif. Ce sont celles qui peuvent conduire à la plus grande certitude possible. L'esprit se conforme à la réalité. C'est « l'adequatio rei et intellectus ».

L'appréciation éthique n'intervient que négativement. Quand un ensemble de faits heurte manifestement la morale, le Droit refuse sa consécration.

La subjectivité, ce ferment d'imprécision et d'arbitraire, est donc absent, ou réduit à un minimum, dans le processus qui se produit lors du passage des ensembles de faits dans les cadres du Droit. Mais ce n'est pas seulement à ce moment qu'il a un rôle effacé.

Les faits même auxquels le Droit offre son hospitalité ne gravitent pas autour d'éléments subjectifs.

Ce ne sont pas des pratiques religieuses que le Droit consacre, et qui seraient la concrétisation d'idées transcendantes.

Les canons de l'art, eux aussi réceptacles d'éléments subjectifs, mais dans une moindre mesure qu'au cas précédent, sont également ignorés par le Droit.

Pas même les usages de la vie, qui tombent toujours sous l'appréciation du bien et du mal, ne reçoivent l'aide du Droit.

Mais dans le domaine réglementé par le Code civil, ne peut-il pas se trouver la trace d'impulsions subjectives ?

Il va sans dire qu'on rencontre ces manifestations, mais voyons, comment dans son ensemble, le Code civil se comporte vis-à-vis d'elles et auparavant, de quelle sorte d'inspiration sont-elles le fruit.

Les situations subjectives qu'on rencontrent dans la partie institutionnelle du Code, car c'est d'elles seules qu'il s'agit maintenant, ne méritent pas ce nom. Ce sont plutôt des situa-

tions individuelles que subjectives. Si on a employé ce dernier qualificatif, c'est parce que le subjectif suppose l'individu. Mais en plus de ceci, il a un aspect transcendant.

Dans les trois cas énumérés plus haut, et où le Droit refuse sa consécration, on a respecté l'ordre descendant dans le degré de transcendance que chacun de ces cas implique, pour aboutir au dedans du Droit, au manque total de cet élément.

En effet, dans le domaine où les manifestations individuelles sont les plus fréquentes, c'est-à-dire dans le domaine conventionnel, le respect des particularités de chaque individu est révélé par l'existence de règles supplétives qu'on est libre d'accepter telles qu'elles sont exposées dans le Code, ou de les rejeter en se forgeant soi-même son Droit. Même sur le terrain de la propriété, les trois termes de la définition classique : jouissance, usage et abus, ne sont que l'aspect du respect que le Droit porte aux différences individuelles. Cette question sera d'ailleurs traitée plus largement à propos de la concrétisation du Droit.

Ce qui vient d'être dit sur l'essence des situations et des activités que le Code a consacrées dans sa partie institutionnelle sert à compléter les explications fournies autour de l'aspect qu'a le processus auquel donne lieu le passage d'une institution des faits dans la loi.

En se contentant seulement d'adopter une attitude de transposition telle quelle des faits de la vie sociale dans ses cadres, le législateur risquait d'encourir une grave objection qui aurait fait ressortir l'insuffisance de cette position.

Comment allez-vous déterminer ce qu'il convient de recevoir dans la loi, et ce qu'il convient de laisser en dehors de celle-ci ? aurait-on pu dire.

Si on se contente seulement de l'adoption de cette position, tout ce qu'on aurait pu percevoir et se représenter dans la réalité de la vie sociale, ne devrait-il pas raisonnablement être accepté par le Droit, et dans l'espèce par la loi ?

Ces deux objections sont valables, mais dans le cas où l'on se

contenterait uniquement de l'attitude dont elles veulent démontrer l'insuffisance. Celle-ci n'offre pas des critères de discernement. On veut trouver ces critères, ainsi qu'il ressort de l'esprit de cette étude, sans recourir à des considérations subjectives.

Nous croyons que le meilleur critère devant déterminer le choix du législateur est celui de l'activité économique. Son utilité apparaîtra dans les actes de nature subjective. Ceux-ci peuvent être de nature juridique ou extra-juridique, tel que l'acte religieux par exemple. L'acte subjectif recevra une consécration législative dès lors qu'il aura une nature économique. Encore faut-il préciser son rôle. Ne voulant pénétrer les intentions humaines, son attitude à l'égard des actes de nature subjective qu'il consacre, ne sera pas très différente de celle qu'il adopte en face d'acte religieux par exemple, qui cependant lui échappe. En effet prenons le cas de la donation ; la loi se contente d'en indiquer l'instrument, le moyen d'y parvenir mais non ses modalités qui sont de nature trop psychologique pour rentrer dans une réglementation générale et permanente. De sorte que l'attitude du législateur est toujours objective même quand il règle des matières d'ordre subjectif.

Il se pourra qu'on rencontre des situations qui tout en ne gravitant pas autour d'idées subjectives et transcendantes, n'en tombent pas moins sous leur condamnation.

Dans ce cas, il s'agit d'un tout autre domaine que celui du Droit privé. C'est plutôt de la compétence du Droit répressif. La transition avec le Droit privé s'opère par un état intermédiaire, qu'on a qualifié « toléré par la police, réprouvé par la morale et ignoré par le Droit ».

La réprobation qu'on ressent envers certaines manifestations, sera un critère secondaire à cause de son emploi moins fréquent.

Dans ce cas, on pourrait nous objecter qu'on est tombé sur ce qu'on fuyait. C'est l'introduction d'un élément subjectif dans la consécration d'une institution, dira-t-on. Et on a reproché à celui-ci d'être un ferment d'imprécision et d'arbitraire.

C'est vrai, on emploie un critère subjectif, mais de quelle façon ? Quand on l'exposera, on verra que l'objection sera réduite à peu près à rien.

Ferment d'imprécision et d'arbitraire, avons-nous dit ? Mais dans notre hypothèse il est à peu près annihilé.

Que réproouve-t-on et à quoi aboutit cette réprobation.

L'ensemble de faits, dont l'aspect immoral les a fait refuser par le Droit, se crée par la force des choses dans la vie sociale. C'est donc qu'il est déterminé par des causes qui échappent aux injonctions de la morale. Il est indépendant de celle-ci. La morale ne peut que se dresser contre lui. Or, les injonctions subjectives s'adressent à un état non créé par elles, et leur effet est restreint aux limites de celui-ci. C'est d'une façon négative qu'elles agissent. Si on pouvait les employer d'une manière positive, le danger d'imprécision et d'arbitraire deviendrait manifeste. Mais en opérant autrement, ils trouvent des limites dans les faits même qu'il convient de corriger. Et une preuve supplémentaire de cette limitation, c'est que le Droit se contente ou d'anéantir ou de corriger ses manifestations. Il ne va pas au delà. Ces faits ne sont pas un prétexte pour imposer un autre état de fait, pour ordonner des actions qui soient autre chose que le rétablissement de la situation normale ? Et l'emploi de ce critère est rendu encore moins fréquent par le fait que des situations permanentes, essence de l'institution et que la morale condamne, sont extrêmement rares. On en a eu un exemple dans l'état que nous avons défini comme étant « toléré par la police, réprouvé par la morale et ignoré par le Droit ».

Les autres manifestations sont sporadiques et partant ne rentrent pas dans la catégorie des institutions.

De toutes les explications fournies jusqu'à présent, on espère avoir fait ressortir avec suffisamment de clarté, l'attitude que le Droit a envers les faits de la vie sociale et comment il les transmue en institutions juridiques.

Le subjectif à cause même de l'attitude qu'implique l'institu-

tion est à peu près banni. Il n'intervient qu'après que l'état de fait s'est imposé au Droit.

L'attitude institutionnelle est donc celle qui permet d'arriver avec la plus grande exactitude possible à saisir la réalité objective et cela sans risquer de tomber sous la domination des principes éthiques. Un équilibre s'est réalisé entre les exigences des faits et celles des sentiments. C'est par l'exclusion de ces derniers que cela a été possible. On vient d'expliquer quelles sont les conditions qui permettent d'arriver à ce résultat. Elles ont un nom : c'est, l'institution. Et à propos d'elle on ne peut s'empêcher de remarquer qu'on aboutit à un état du Droit que Ihering considère comme étant un indice de sa supériorité.

« La tendance du Droit, disait-il à propos du passage de « l'état coutumier à l'état légal (1), vers la spontanéité et l'objectivité dont la loi est l'émanation, a tout d'abord pour but « de briser le règne du sentiment dans le Droit.

On a essayé de compléter cette affirmation en démontrant qu'il ne suffit pas qu'on passe de la phase coutumière à la phase légale, pour qu'automatiquement « le règne du sentiment soit brisé dans le Droit ». Ils faut encore autre chose. On vient de dire quoi. Dans des développements ultérieurs, on se rendra encore mieux compte de cela.

Il nous reste à dire quelques mots du second point de l'énumération que nous avons faite des rapports qui peuvent exister entre les faits de la vie sociale et le Droit.

« Nous l'énonçons ainsi :

« Création de certains organes afin de corriger ce que certaines situations contiennent d'empêchements à une activité normale et complète.

C'est autour des états de minorité, d'aliénation mentale, de prodigalité et de faiblesse d'esprit qu'on rencontre la réglementation qui aboutit à la création d'organes appropriés à chacun de ces états.

1. Ihering, *L'esprit du Droit Romain*, t. II p. 36.

On a ainsi l'institution de la tutelle, de l'interdiction et du conseil judiciaire.

Les états de faits qui justifient ces constructions sont en dehors de toute appréciation morale. On les subit. La volonté de l'homme n'y est pour rien, le libre arbitre est exclu, la morale n'a donc rien à voir dans la matière. Même la prodigalité, qui au premier abord semblerait être l'effet du fait volontaire de l'homme, y échappe. Elle est présumée être l'indice d'un dérangement de l'esprit, dont elle n'est qu'une manifestation.

Donc, si les quatre états énumérés plus haut paraissent comme devant être corriger et par conséquent ayant un caractère d'anormalité, c'est seulement dans une forme simplifiée qu'ils la possèdent. Ce n'est pas l'anormalité que nous avons considérée au point 3 et de laquelle il sera seule question dans les chapitres et les sections qui suivent.

Pour faire ressortir l'anormalité de l'état de folie, par exemple, il n'est pas nécessaire de recourir à des considérations subjectives, tandis que pour se rendre compte de la situation anormale produite par un dol, il faudra posséder un certain bagage de principes éthiques. A eux seuls, les faits qui constituent le dol ne seraient pas suffisants.

C'est donc dans le premier cas la considération des faits qui postule l'intervention du Droit.

L'appréciation subjective interviendrait avec toute sa force seulement dans le cas de non intervention.

Dans l'hypothèse du dol, les deux moments tombent sous le coup des jugements subjectifs. Et sa production et sa non répression heurtent également le sentiment de la justice et de l'équité.

Le rôle du subjectif dans l'établissement des trois institutions servant à corriger des situations malheureuses est aussi restreint. C'est toujours la réception par le Droit d'un ensemble de faits qui ne gravitent pas autour d'un sentiment. Mais elle n'a pas lieu telle quelle, comme dans les situations normales. C'est pour procéder au redressement qui s'impose, que le Droit les envisage.

En quoi consiste donc ce redressement ? En ceci que la loi crée les conditions d'une activité normale.

Le tuteur du mineur et de l'aliéné, et le conseil judiciaire du faible d'esprit et du prodigue sont les organes sans lesquels une activité raisonnable ne serait pas possible.

Dans ce domaine, la règle légale possède un caractère spécial. Avant de laisser apparaître son principe de limitation et de délimitation, elle est la condition d'une activité qui ne pourrait se dérouler sans son intervention. La limitation et la délimitation n'interviennent qu'après.

On les retrouve dans la description des organes protecteurs.

Mais ceux-ci sont créés pour agir. Or à quelle sorte de limitation avons-nous affaire ? Sont-ce des manifestations qui se produiraient même si la loi n'intervenait pas ? Que non pas. C'est la loi qui les rend possibles. Le tuteur et le conseil judiciaire ne sont restreint dans leur activité qu'à cause de la qualité de tuteur et de conseil judiciaire. Et de la restriction de l'activité de leur protégé il ne peut pas être question, eux dont on doute qu'ils puissent avoir une conduite raisonnable et consciente.

Mais même dans leur activité de tuteur et de conseil judiciaire, ceux qui accomplissent ces fonctions trouvent-ils une réglementation détaillée et de tous les instants ? Pas du tout. La loi leur laisse une très grande marge de liberté. Si elle avait voulu procéder autrement elle aurait dû invoquer des considérations subjectives qui se seraient traduites sous la forme d'injonctions positives. Ne le faisant pas, les déterminants subjectifs restent là où ils doivent se trouver, chez le sujet de droit, qui existe ici dans une forme incomplète, comme sujet d'exercice.

Dans ce nouvel aspect de l'institution, on a voulu saisir les caractéristiques qui se rencontrent quand elle existe sous sa forme habituelle.

C'est toujours le principe de limitation de la loi atténué au point qu'il arrive seulement à délimiter.

Le même intérêt du Droit, seulement pour des situations de faits qui ne gravitent pas autour d'un élément subjectif.

Et enfin un effort qui tend à rendre possible une activité normale, non en la prévoyant et en l'imposant dans tous ses détails, mais en créant ses conditions. De sorte qu'elle va se dérouler d'elle-même.

Et quand le Droit permet à une activité de se dérouler d'elle-même, n'a-t-il pas réussi à repousser le subjectif et à garder sa spontanéité.

Expression et concrétisation de l'institution.

III. On a vu que l'institution est une activité normale, qui se déroule dans le milieu social autour d'un objet déterminé, ce qui lui permet d'avoir des contours plus ou moins nets.

L'élément essentiel de la reproduction légale de l'institution, c'est toujours l'action ou une forme d'action. Grâce au fait que l'institution a des contours saisissables, la loi arrive à la délimiter.

La loi ne se contente pas dans l'acceptation d'une institution du simple rôle d'un appareil enregistreur. Elle ajoute encore du sien. Mais on doit toujours considérer ce surplus, comme constituant dans la structure de l'institution un élément accessoire. Même quand le nombre des articles que la loi consacre à l'accessoire dépasse de beaucoup ceux qui ont trait au principal de l'institution.

Ce que la loi croit devoir ajouter peut se diviser en deux catégories. D'un côté, c'est ce qu'on peut considérer comme étant de la procédure, de l'autre, ce sont certaines limitations que la loi impose à une jouissance abusive des droits qu'une institution implique. Ces deux compléments de l'institution pourraient se retrouver dans le fonctionnement de celle-ci même si la loi n'avait pas eu soin de les imposer.

Ce qui les indique particulièrement comme devant être léga-

lement réglementés, ce sont certaines de leurs caractéristiques.

Une règle de procédure entendu dans son sens le plus large, et non seulement comme se référant à ce qui se passe devant le juge, doit avoir la plus grande fixité possible. Il s'agit ici d'une question de forme. Ce n'est pas le fond du Droit qui est en cause, et dont la fixation rigide risquerait de méconnaître les différences individuelles. Cet aspect de détachement des contingences, les met d'accord avec la nature de la loi, dont les deux aspects sont la généralité et le préétablissement.

La crainte qu'un droit pourrait être utilisé d'une façon abusive, semblerait exagérée si elle conduisait à une limitation de celui-ci, à l'intérieur de la loi.

On n'utilise un droit que conformément à son esprit. Qui-conque en est pénétré, n'ira pas jusqu'à ne considérer que sa lettre.

Si l'institution restait à l'état de coutume, comme celle-ci ne peut contenir que l'esprit du Droit, le danger ne se présenterait pas. Mais une fois l'institution fixée dans la loi, elle peut être utilisée comme auparavant, conformément à son esprit, mais en plus, aussi comme la lettre de la loi semblerait le permettre. C'est donc ce passage de la phase coutumière à la phase légale qui impose un surplus de réglementation.

La stricte et rigoureuse jouissance d'un droit produit toujours un malaise dans le corps social (1). La loi par ses interdictions ou par les obligations qu'elle fait naître, arrondit les angles des institutions.

La réglementation procédurale dans la partie institutionnelle du Code civil, se trouve inégalement répartie. Il y a des institutions qui la contiennent en dose infime. D'autres au contraire sont à peu près uniquement une procédure. Les deux formes que celle-ci prend habituellement sont la publicité de certaines opérations et la procédure litigieuse. La première se rencontre

1. Voir ce que dit à ce sujet M. Ed. Picard dans *Le droit pur*, Paris, Flammarion, 1900. Il arrive à expliquer par l'usage d'un droit conformément à sa lettre et non à son esprit l'apparition... de l'antisémitisme,

surtout en matière d'hypothèque et de contrat de mariage, et d'une façon générale partout où il est question de sauvegarder le droit des tiers. qu'il s'agisse de crédit ou de tout autre droit.

La procédure litigieuse se rencontre en dose massive dans l'institution du divorce. Tout le divorce n'est à peu près qu'une procédure.

Les institutions que l'état de minorité, d'aliénation mentale, de faiblesse d'esprit et de prodigalité, ont rendues nécessaires contiennent aussi beaucoup de règles procédurales. Mais, par la sphère d'activité que la loi reconnaît au tuteur et au conseil judiciaire, la rigidité, qui est l'aspect propre de la procédure, est moindre.

Les limitations que la loi apporte à la rigoureuse jouissance d'un droit, tel que semblerait le permettre la définition qu'elle-même en donne, se rencontrent surtout en matière de propriété.

L'établissement des servitudes légales a pour but d'empêcher que l'usage de la propriété n'aboutisse à une injustice.

Quand la loi autorise l'obtention d'une servitude de passage en faveur d'un fond enclavé et plus que cela, l'impose, elle craint le refus que le propriétaire pourrait opposer aux démarches amiables de son voisin. Il invoquerait pour le justifier son droit de propriété tel qu'il est consacré par la loi elle-même.

On a essayé de dégager dans la section précédente, l'élément principal de l'institution et de décrire ses caractéristiques. On vient d'indiquer les parties accessoires qu'elle contient dans une mesure variant avec chaque institution.

L'intérêt de ces distinctions est le suivant : l'attitude que l'interprète peut prendre envers les différents éléments qui composent l'institution n'est pas la même. Chacune d'elle implique un traitement à part. C'est le degré de dynamisme qu'elles contiennent qui commande la tâche du juge, dans la concrétisation de l'institution. Comme celle-ci ne peut se faire directement, c'est aux ressources que la loi permet de découvrir

dans l'expression de l'institution qu'il faut recourir. C'est seulement en tenant compte des particularités qu'offre chaque institution qu'on évitera l'arbitraire. C'est toujours l'un des aspects de la spontanéité dans le Droit que nous cherchons. Dans la section précédente, on faisait ressortir que la loi en acceptant une institution qui se trouve dans le milieu social, et en cherchant à reproduire le plus fidèlement possible les activités qui la composent, ne fait que satisfaire un des aspects de la spontanéité, qui est de reconnaître le plus de liberté possible aux individus. C'est plutôt la nécessité de déterminer ce qu'on veut garantir juridiquement, disions-nous, qui postule l'introduction des institutions dans le moule de la règle légale. Et c'est cette même garantie que renforce l'établissement des règles de procédure et de publicité. Et une fois assurés les avantages de la consécration légale, les limitations que celle-ci impose pour éviter une jouissance abusive des droits, présentent somme toute de trop petits inconvénients pour que l'on regrette la phase coutumière qui ne l'imposait pas.

Par le fait que les institutions que la loi a acceptées sont de celles qui ne gravitent pas autour d'éléments subjectifs, la spontanéité a été contentée dans une plus large mesure encore. On se rappelle que Ihering énumérait les matières que le Droit romain avait laissées en dehors de sa consécration. Toutes n'étaient que la concrétisation de sentiments divers.

Maintenant on arrive à chercher si un autre aspect de la spontanéité pourra être également respecté.

Se déterminer en dehors de toute influence étrangère et seulement par soi-même, tel est, d'après Ihering, l'essence de la spontanéité.

On essaiera donc de voir si la construction institutionnelle d'une législation lui permet de tirer de son propre fond les moyens d'une saine évolution et ceux d'une parfaite concrétisation.

Les caractères spécifiques des diverses parties qui se rencontrent dans la reproduction légale d'une institution, ainsi

que leur hiérarchie due au caractère principal de l'une et accessoire des deux autres, nous faciliteront grandement la tâche.

On ne fera pas d'appréciation critique sur le fait que la principale source juridique des règles de Droit qui composent l'institution est la loi. On acceptera celle-ci dans ce rôle comme un fait.

Quand on arrivera à saisir quelles contradictions pourraient exister entre la nature de l'institution et celle de la loi, nous indiquerons le moyen qu'on croit le plus propre d'aboutir à une conciliation.

Dans l'introduction de cette étude, on parlait de la réalisation du Droit. Ce n'est que lorsque celui-ci arrive à se concrétiser qu'on peut dire qu'il s'est pleinement réalisé. On disait encore que certains moyens d'exprimer le Droit permettent d'aboutir à une concrétisation directe. Dans ce cas le problème est simplifié de beaucoup. Les deux moments, celui de l'expression et celui de la concrétisation du Droit coïncidant, et étant l'œuvre des mêmes organes, il ne s'agira plus de découvrir les relations qui doivent exister entre eux. C'est seulement quand cette coïncidence n'existe pas, que la recherche de ces relations prend toute son importance et présente de grandes difficultés. En matière d'institution, la concrétisation ne peut se faire directement.

La loi n'est donc que la source purement formelle de l'institution. C'est seulement par son interprétation qu'on peut arriver à la concrétisation des dispositions qui se réfèrent à une institution déterminée.

La question qui devra être élucidée est donc celle-ci :

Le fait que les règles légales ne peuvent pas être considérées isolément, mais doivent l'être comme des éléments d'un tout, qui est ici l'institution, a-t-il une influence et de quelle sorte, sur l'établissement des relations entre le Droit exprimé et le Droit concrétisé ?

Autrement, l'institution entendue comme construction juridique, facilite-t-elle la réalisation du Droit, de manière que

celui-ci ne cesse pas de tirer sa substance de son propre fond ?

Si oui, l'attitude que l'institution implique se trouvera justifiée, et on pourra procéder à la critique des situations où les règles légales ne peuvent pas être intégrées dans des constructions institutionnelles.

Puisqu'il est question d'interprétation juridique, car l'établissement des relations entre le Droit exprimé et celui concrétisé, n'est que cela, il est bon de se souvenir de ce que nous disions dans l'introduction de cette étude.

En parlant de la jurisprudence, nous mentionnons son caractère de source seconde et la servitude qui résultait de cet état. Cette servitude consistait en ce que la matière que le juge pouvait être appelé à interpréter, n'offrait parfois que de faibles ressources et imposait à l'interprète ou de la mettre de côté, ou de faire de la casuistique. Il n'existait pas dans sa structure intime des éléments générateurs de nouvelles solutions.

Toute matière à interpréter contient des limites à ses possibilités d'extension. Mais il y a parmi elles certaines qui sont franchement contraire à tous développements nouveaux. C'est donc la détermination de ce que peut offrir la construction institutionnelle, qui sera l'objet des considérations qui suivront.

L'interprétation d'une matière ayant le caractère institutionnel, c'est-à-dire correspondant à des besoins réels, sensibles et universellement admis et que la loi n'a fait que reproduire, permet à elle seule l'élaboration des constructions juridiques.

Dès que l'on quitte le domaine institutionnel et à mesure que l'on s'approche de celui où les besoins deviennent des aspirations plus ou moins vagues, le rôle du juge et du législateur devra être à la fois plus prudent à mesure qu'il devient plus créateur. Précisions : là où l'aspiration tend à prendre la forme d'une institution, le rôle sera plus libre que dans les cas où ces aspirations ne sont que l'expression d'un sentiment de morale ou d'équité.

On pourrait croire que le fait d'être relié directement à un principe subjectif, offrirait les plus grandes facilités d'extension.

En effet, utiliser un texte selon son esprit, et non selon sa lettre, n'est-ce pas une méthode des plus efficaces? Le principe subjectif inspirant un ensemble de règles légales, trouverait une utilisation au delà de celles-ci. Mais c'est précisément ici que gît le danger. Dans ce cas le Droit cesserait de tirer sa substance de son propre fond. S'agissant d'un principe subjectif, susceptible d'un développement indéfini, les inconvénients que nous avons signalés plus haut, l'imprécision et l'arbitraire, deviendraient par trop encombrants et dangereux. Pour les éviter, on devrait se limiter à la lettre de la loi. On tombe ainsi d'un extrême dans un autre. C'est qu'il existe un hiatus entre la règle légale et le principe qui l'inspire, dû au manque de constructions juridiques dans lesquelles les règles légales pourraient s'intégrer. C'est l'esprit de cette construction qui par l'utilisation qu'on en fait permet l'extension des règles existantes, aux cas non prévus.

Nous citerons quelques exemples de l'interposition d'une construction juridique entre la règle légale et le principe subjectif qui l'inspire.

Voilà « le principe subjectif » qui ressort dans ces énonciations : protection de la minorité, protection de l'aliéné, protection du faible d'esprit et du prodigue.

Dans le Code il existe des règles qui réalisent le sentiment que la notion de protection contient. C'est le sentiment de pitié. Mais entre ces deux catégories, le principe subjectif et la règle légale, il y a les constructions juridiques suivantes : tutelle, interdiction et conseil judiciaire. C'est « l'esprit » de celles-ci qu'on doit envisager quand on veut trouver des solutions pour des cas nouveaux, tout en respectant la condition que le Droit peut tirer sa substance de son propre fond.

Les exemples que nous avons choisis font apparaître d'une façon évidente, l'élément subjectif. Mais on peut choisir d'autres exemples où celui-ci demeure au second plan. Considérons les véritables institutions : famille ; propriété ; succession, contrat, etc. La règle légale qui sert à les *décrire* ne peut être reliée

par une opération d'intégration qu'à un ensemble de faits matériels qui constituent l'institution envisagée. Car une construction juridique, n'est que la *description* d'un ensemble de faits. Or, pour décrire quelque chose, il faut que cette chose existe. Plus que cela. L'ensemble de faits qui permet la construction juridique doit préexister à la consécration positive ou négative de la loi. La construction juridique ayant un très grand rôle dans la réalisation du Droit et permettant à elle seule que le Droit tirât sa substance de son propre fond, l'attitude institutionnelle se trouvera justifiée aussi du point de vue de la technique du Droit.

L'institution peut donc être considérée comme le trait d'union entre une règle légale et le principe subjectif qui l'inspire, ou tout simplement comme une catégorie juridique se modelant sur le sectionnement qui s'établit dans l'immense domaine de l'utilité économique.

C'est donc de son rôle dans le passage du Droit exprimé au Droit concrétisé qu'il s'agira.

Avant de démontrer pourquoi l'institution, sous son aspect de construction juridique est un élément indispensable dans ce processus, et comment sa physionomie dans la réalité de la vie sociale commande la manière dont il se déroulera, il sera nécessaire de donner quelques explications sur le concret dans le Droit.

Quand rencontre-t-on donc le concret dans le Droit ?

Ce moment arrive lorsque le droit se réalise. Le Droit ne se réalise intégralement que lorsqu'un litige surgit et que la contrainte de la force publique intervient. Mais il existe encore d'autres situations qui permettent de dire que le Droit se concrétise.

Par conséquent, il sera nécessaire de distinguer.

1^o Le droit se réalise par l'intervention de la contrainte juridique en faveur d'un sujet de droit auquel on a déterminé le contenu de son droit en tenant compte de toutes les circonstances de la cause.

2° Par une activité qui est susceptible de recevoir, si la nécessité se présente l'aide de la contrainte juridique, toujours en conclusion d'un litige dans lequel le juge « dit de Droit ». Ceci parce que cette activité est qualifiée juridiquement.

Dans ce dernier cas la protection juridique n'est que virtuelle.

Et dans cet état virtuel même on peut découvrir deux degrés :

a) L'activité se déroule sans prendre explicitement une forme juridique. Elle est reproduite seulement par la loi et par conséquent il existe pour ses manifestations des possibilités de sanction.

C'est le cas du propriétaire qui, en usant de son droit, ne songe pas à donner à chaque acte une frappe juridique.

Si un élément juridique existe, ce ne sera qu'initialement et ceci rentre dans la seconde subdivision.

b) L'activité prend une coloration juridique explicite par l'adoption de certaines formes. C'est dans le Droit conventionnel qu'on rencontre cet aspect de la concrétisation du Droit.

On a remarqué d'après ce qui vient d'être dit quels sont les agents de la concrétisation du Droit.

Ce sont le juge et l'individu. Tous les deux peuvent dire le Droit. Pour le premier, c'est sa raison d'être que de dire le Droit. Le second par l'usage de certaines formes prévues par la loi peut faire la même chose. A l'aide du contrat, les parties disent leur Droit.

On peut dire par conséquent que si on rencontre le concret dans le Droit, on ne peut le trouver dans la loi. C'est toujours l'intervention du juge, ou l'activité de l'individu qui y mène.

C'est seulement dans la mesure où la loi autorise explicitement ces deux personnages d'agir librement, qu'on peut dire qu'elle contient du concret. Mais on se rend compte tout de suite, que c'est en s'effaçant qu'elle y arrive. Ceci ne doit pas étonner. Comment la loi procède-t-elle ?

Elle reproduit, en les délimitant les situations ou activités qu'elle entend sanctionner.

Elle impose certaines choses.

Dans le premier cas, c'est l'élément reproduit, situation ou activité, qui est concret.

Dans le second cas, c'est l'accomplissement de l'injonction légale qui l'est. C'est toujours une activité qui se déroule, ou l'établissement d'une situation.

Mais tout ceci n'est que l'œuvre des individus, quand tout se passe conformément aux prévisions et aux prescriptions de la loi.

Si l'intervention du Juge est rendue nécessaire, le concret est obtenu par la possibilité qu'a celui-ci de tenir compte de toutes *les circonstances de la cause*. Mais celles-ci sont autant de faits. Et c'est seulement dans la mesure où il peut le faire que le concret existe. Le Juge peut faire plus que cela.

Nous avons supposé que le Juge en tenant compte de toutes les circonstances de la cause, a rendu sa décision après les avoir fait rentrer dans le cadre juridique qui leur était applicable, et c'est le contenu des règles légales le composant qui était passé dans sa décision. Mais en plus il peut ordonner directement, en vertu d'une autorisation de la loi. Bien entendu, il tiendra toujours compte des circonstances de la cause. Mais il ne sera plus obligé de leur trouver un moule juridique. C'est d'après l'équité qu'il agira. Cette situation est plutôt rare. Le Juge n'arrive à concrétiser le Droit qu'à travers les règles générales et préétablies de la loi.

Pour renforcer et illustrer ce qu'on vient de dire, on va se reporter à une étude de M. Rouast (1) ayant le titre suivant : *L'abstrait et le concret dans le Droit*.

On se rendra compte que le concret arrive à se réaliser « par délégation », si on peut employer cette expression.

C'est l'activité du Juge, ou celle de l'individu qui le produit. Dans la mesure où la liberté du Juge est restreinte par l'impossibilité où le met la loi de tenir compte de toutes les circonstances de la cause, la part du concret diminue.

1. Dans les *Cahiers de la nouvelle Journée*, n° 9, 1925, p. 157-179.

De même, les empêchements qu'on oppose aux individus de dire eux-mêmes leur Droit » se traduisent toujours par la restriction du concret.

Si on voulait imaginer un état où le concret serait roi, on devrait remonter aux temps où le juge ne statuait que d'après les injonctions de sa conscience. Mais on saisit tout de suite les dangers qui peuvent se présenter.

« Si le Droit (dit M. Rouast) (1) n'était fait que de solutions concrètes, données à la lumière de l'équité, il serait empreint d'arbitraire et ne donnerait pas à la vie sociale la sécurité dont elle a besoin. »

La sécurité est assurée par l'ensemble des règles légales desquelles le juge doit tenir compte quand il rend sa décision. C'est le rattachement des circonstances de fait d'une cause déterminée à une construction juridique qui empêche le juge de franchir certaines limites en deçà desquelles seulement on se sent en sécurité.

Il faut donc arriver au concret d'une manière détournée. Car on ne peut s'en passer. Ce n'est pas un signe de progrès, quand on méconnaît le concret. On en donnera bientôt un exemple, d'après M. Rouast, avec l'appréciation s'y référant. A ce moment on élucidera une contradiction qui paraît résulter de ce qu'on vient de dire. En effet, pourquoi après avoir relevé les dangers d'un Droit composé uniquement de solutions concrètes, affirmons-nous qu'on ne peut se passer de concret et que c'est plutôt un signe de progrès quand il vient à manquer ? La contradiction n'est qu'apparente, ainsi qu'on le verra tout à l'heure.

Passant en revue les différentes catégories juridiques, M. Rouast indique, à propos de chacune, la dose de concret et d'abstrait qu'elles contiennent.

A propos des institutions, explication en est donnée de leur aspect abstrait.

« Qu'elles soient d'origine légale ou particulière, qu'elles

« soient des organismes complets ou de simples groupes de
« règles, les institutions constituent toujours des cadres de l'acti-
« vité humaine, et elles ont en conséquence un caractère général
« plus ou moins marqué suivant qu'elles sont d'origine publique
« ou privée, et qu'elles concernent la totalité des citoyens ou un
« nombre restreint d'entre eux. Cette généralité donne un carac-
« tère abstrait aux règles institutionnelles. »

Si les institutions sont par excellence le domaine de l'abstrait dans le Droit, comment peut-on retrouver quand même le concret, quand la loi n'indique pas explicitement le chemin qui y conduit.

On a déjà dit que l'institution par l'attitude qu'elle implique, et qui est celle de représentation, contient le concret dans l'élément représenté. Ce n'est que dans la loi que l'institution a un caractère abstrait. Dans le « Droit » il en est tout autrement. Car même en dehors de sa représentation légale, dans la réalité objective, on est toujours dans le Droit du moment qu'il s'agit de faits, et d'activités qui sont susceptibles de recevoir la protection du Droit, mise en œuvre par la contrainte de la force publique.

La raison d'être de la représentation légale des institutions se réalise complètement au moment d'un litige. Autrement on ne voit pas pourquoi la loi se serait occupée des institutions du moment qu'elle ne les crée pas, mais dans leur quasi-totalité, les trouve dans la réalité de la vie sociale.

Quand un litige intervient, le cadre institutionnel sert à déterminer ce qui peut recevoir la protection du Droit et ce qui ne le peut pas. Car c'est seulement pour indiquer ce qu'elle entend protéger, que la loi a accueilli les institutions dans son sein.

Dans un litige on arrive au concret quand on n'omet aucune des circonstances de la cause. Et parce que c'est le cas qui se présente le plus souvent, on se rend compte que c'est seulement comme représentation légale que l'institution possède un caractère d'abstraction.

Quand l'intervention du juge se produit, on aboutit au concret.

Mais dans ce qui vient-d'être dit, on a envisagé la situation normale. C'est par l'interprétation de la loi que le juge est parvenu à rendre une solution concrète.

Il y a des cas où il peut le faire directement étant autorisé par la loi. Il agit d'après l'équité. Comme le dit M. Rouast, « le juge reçoit le pouvoir d'adapter l'institution aux situations concrètes ».

C'est dans le domaine de la puissance paternelle que le cas se produit et plus spécialement dans les questions de déchéance de celle-ci. La situation des enfants en cas de divorce peut aussi faire l'objet d'une décision libre du juge, statuant d'après l'équité. La même chose dans la séparation de corps judiciaire.

Et faut-il rappeler le rôle du juge dans l'institution de la tutelle?

Ces cas ne sont que l'exception et la règle est que le juge arrive au concret seulement après une conciliation des faits avec les textes.

Dans l'institution donc, si on veut trouver le concret, il faut envisager la question de deux points de vue différents :

a) Les faits et les activités représentés qui sont complètement concrets, leur essence étant telle ;

b) La possibilité pour le juge de tenir compte de toutes les circonstances de la cause quand il faudra lui trouver le cadre légal.

Les deux aspects de la question sont compris dans le Droit, ainsi qu'il a été expliqué plus haut.

Mais plus spécialement c'est le second qui est plus important, parce que c'est alors un moment caractéristique dans la vie du Droit. La contrainte de la force publique, contenue en puissance jusqu'alors, intervient maintenant effectivement.

Nous pourrions nous limiter pour l'instant à la détermination de l'abstrait et du concret au sein de l'institution. Mais on complètera ces indications en examinant du même point de vue aussi les autres catégories du Droit. Parmi celles-ci on rencontre des éléments dont la place est à l'intérieur des institutions, n'étant que des parties qui les constituent.

Ainsi dans le domaine des faits ayant des conséquences juridiques, la part du concret est un peu plus grande que dans les institutions. Mais il y a de grandes variations, le concret dépend de la nature spécifique de chaque fait.

Les événements qui marquent le début et la fin de la vie humaine, contiennent plutôt une grande quantité d'abstrait, d'après la manière dont le Droit les envisage (1).

La règle « l'infans conceptus pro nato nabetur, quoties de eius comodis agitur » est une manifestation de la présence de l'abstrait. Indiquant qu'il convient de procéder comme si une certaine situation existait déjà, elle ne permet pas de ne tenir compte que de la réalité.

De même, la théorie des « commorientes » (2) établissant certaines présomptions en cas de la mort de deux personnes, ne laisse pas au juge la liberté de se guider d'après les faits. La façon dont les choses se déroulent est fixée aprioriquement. Il se peut qu'elles se passent parfois ainsi que la loi l'a prévu, mais il peut tout aussi bien arriver que les prévisions de la loi ne correspondent plus à la réalité des choses.

Mais cette présomption qu'est-ce, sinon une restriction des pouvoirs du juge. On a une preuve en plus du fait que l'augmentation de l'abstrait augmente avec cette restriction.

Dans la détermination de la paternité, la même chose se produit. Il existe une présomption, l'enfant né pendant le mariage, après 180 jours de la célébration, est considéré comme étant l'enfant du mari. C'est toujours par une restriction des pouvoirs du juge que se traduit l'existence de présomption. Les faits qui permettent au juge de se prononcer sur la question, dans un sens contraire, à celui de la règle générale, sont limitativement déterminés.

En passant dans un autre domaine, on envisagera une situation contraire, c'est-à-dire contenant beaucoup de concret, et on va

1. Rouast, *L'abstrait et le concret dans le Droit*, p. 161.

2. Et il faut mentionner la fixation invariable du délai de gestation.

voir qu'il résulte de la liberté qu'a le juge de tenir compte de toutes les circonstances de la cause.

C'est du délit civil qu'il s'agira en premier lieu et de l'abus du droit en second lieu (1).

L'article 1382 posant le principe que « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer » laisse toute liberté au juge de décider s'il existe une faute et un dommage et de voir si on peut trouver une relation entre les deux, et de fixer la réparation qui est due.

On se rend mieux compte de toute l'étendue du concret dans le cas de la faute délictuelle, quand on examine le risque professionnel.

L'idée de risque a accaparé des manifestations ressortissant du domaine de la faute délictuelle. Dans ce cas, le juge pouvant considérer toutes les circonstances de la cause, agissait concrètement. Mais en cas de risque professionnel, il ne le peut plus. Un seul élément concret de quelque importance existe. C'est une situation industrielle, considérée *grosso modo*, parce que les caractéristiques qu'on rencontre la plupart des fois dans sa structure peuvent, dans des cas particuliers, ne pas exister. Néanmoins si un accident se produit, c'est au concept du risque professionnel qu'on recourt. Et celui-ci ne permet pas de tenir compte de toutes les indications qu'offre la réalité. On ne se souciera pas de savoir si l'ouvrier est ou non en faute, et l'indemnité que la victime reçoit est établie forfaitairement et non rigoureusement, d'après l'étendue du dommage.

M. Rouast estime que c'est là une régression due à l'invasion de l'abstrait. Et dans les cas où le même phénomène se produit la même appréciation s'impose. La plupart des fois, c'est une présomption qui est la cause de la prédominance de l'abstrait. Mais elles ont une raison d'être, les présomptions. Cela n'empêche pourtant pas de les considérer comme un pis aller.

1. Rouast, *L'abstrait et le concret dans le Droit*, p. 162.

C'est le moment de voir ce qu'il peut y avoir de vrai dans la contradiction que nous signalions quelques pages plus haut.

Comment peut-on dire qu'un Droit composé seulement de « solutions concrètes » données à la lumière de l'équité, serait empreint d'arbitraire et ne donnerait pas à la vie sociale, la sécurité dont elle a besoin ? Comment dire qu'il en résulterait un état d'infériorité du Droit lorsque le concret serait roi, pour venir après soutenir, comme ce fut le cas pour le risque professionnel, qu'une diminution du concret cette fois-ci, est un signe de régression ? La contradiction n'est qu'apparente, car l'appréciation porte sur deux objets différents.

Il y aurait un Droit fait de solutions concrètes, en cas d'absence de règles légales réglementant le droit de sanctionner.

Il ne faudrait pas en induire que le concret disparaît devant une loi qui prévoit des sanctions. Il réapparaît lorsqu'il s'agit de trier les faits visés par la loi, et ceux qui ne seraient pas de son domaine.

Ce sont des cadres prévus d'avance par la loi qui apportent une limitation au pouvoir du juge.

Mais la protection légale n'atténue pas seulement l'importance du concret dans le Droit, elle porte aussi un coup sérieux aux dangers qui résulte d'un trop grand subjectivisme, danger qui est toujours à craindre, quand l'équité est laissée à l'appréciation du juge.

Chacun peut « sentir » l'équité d'une manière différente. Car il s'agit bien d'un sentiment.

Certes, on a un droit composé de solutions concrètes. Mais on a aussi du subjectif en dose massive. Dans ce cas là, le respect du concret c'est la prééminence du subjectif dans le Droit.

Tout autre est la situation quand le juge ne statue plus d'après l'équité seulement. Dans ce cas le respect du concret c'est la prééminence de la réalité objective. En effet, comment arrive-t-on au concret dans cette hypothèse ? C'est par la prise en considération de toutes les circonstances de la cause, *de tous les faits*. Une fois ceux-ci établis, la qualification juridique et

partant, la solution, s'imposent presque automatiquement, car elles sont prévues d'avance par la loi. La sécurité est assurée parce que chacun sait que certaines relations de cause à effet sont indiscutables aux yeux de tout le monde. Le sentiment de justice est lui aussi pleinement satisfait.

Dans le cas du risque professionnel, c'est le second élément, la justice, qui est quelque peu méconnu. Et c'est pour cela qu'on voit dans ce nouveau concept un recul. Mais on est arrivé à cette méconnaissance de la justice par l'interdiction qu'on a faite au juge, de considérer toutes les circonstances de la cause, *tous les faits*. Il ne respecte pas complètement la réalité objective. Il fait *abstraction du concret*.

La contradiction n'existe donc pas, parce que ce n'est pas sur le même élément que portait le jugement de valeur. Tout à l'heure c'était la sécurité qui était compromise par une exagération de la concrétisation, et maintenant c'est la justice qui souffre de sa diminution.

On rencontre donc dans le risque professionnel un aggrandissement de la part de l'abstrait. Cela est d'autant plus remarquable, que la notion du risque professionnel s'est détachée graduellement de celle de la faute délictuelle, ou le concret est tellement prépondérant.

On rencontre aussi dans le domaine de la faute délictuelle, des restrictions au pouvoir du juge. Il ne peut pas toujours aller jusqu'au fond des choses. Il ne doit considérer que certains aspects de la question, qu'il n'est pas exagérer d'appeler superficiels.

Aussi, l'article 1384, alinéa 4 ne permet-il d'envisager que les relations des maîtres et des commettants avec leurs domestiques et préposés pour déterminer qui doit civilement répondre des dommages causés par ces derniers. Les premiers ne peuvent pas prouver qu'ils n'y sont pour rien dans le délit accompli par leurs subordonnés.

L'article 1385, par la manière dont il est rédigé, semblerait devoir être interprété comme l'alinéa 4 de l'article 1384. La loi

ne prévoit pas la possibilité pour le propriétaire d'un animal, ou pour celui qui s'en sert, de prouver que le dommage causé par cet animal ne peut lui être imputé, qu'il est dû à un cas fortuit ou à la propre faute de la victime. L'interdiction de la preuve contraire paraît résulter avec plus d'évidence encore de ce texte, du fait que dans l'article précédent, la loi prévoit les cas et les personnes qui peuvent prouver leur innocence. Elle n'exclue pas expressément les personnes auxquelles la preuve contraire est refusée. C'est donc par omission que la loi se prononce. C'est l'application de la règle « qui dicit de uno, negat de altero » qui a permis de conclure que les maîtres et les commettants ne peuvent faire la preuve de leur non culpabilité. Dans l'article 1385, la loi gardant le silence sur la question de la preuve contraire, il semblerait qu'on doit la refuser au propriétaire d'un animal ou à celui qui s'en sert.

La Cour de cassation en a jugé autrement (1). Elle a vu dans la manière dont s'exprime l'article 1384 à l'égard des maîtres et commettants, une exclusion expresse de la faculté de détruire par une preuve contraire la présomption qu'il établit. Et une présomption n'étant irréfragable qu'autant que la loi le dit, elle a donné une solution contraire dans le cas de l'article 1385, où la loi n'interdit pas explicitement la preuve contraire.

Ainsi dans le domaine de la faute délictuelle, le seul cas où on rencontre une diminution du concret, c'est celui prévu par l'article 1384, alinéa 4. C'est toujours par la restriction des pouvoirs du juge que cela se produit. La faute délictuelle n'est envahie par l'abstrait que d'une façon tout à fait exceptionnelle, tandis que dans le risque professionnel, le régime de l'abstraction est la règle. Plus tard, quand on parlera de ce que nous considérons comme des concepts purs, et dans lesquels nous faisons rentrer le risque professionnel, on indiquera comment la part de l'abstrait aurait été moindre dans le risque professionnel, envisagé toujours dans la forme que lui a donné sa

1. Cass., 23 déc. 1879 (S. 80.1.463 ; P. 80.1.157 ; D. 80.1.134).

réglementation actuelle, si le processus de sa pénétration dans le Droit avait été différent de ce qu'il fut.

Le plus ou moins de latitude laissée au juge dans l'appréciation des circonstances de la cause a toujours les mêmes effets : plus ou moins de concret dans le Droit. On s'en convaincra encore une fois avant de passer à un autre agent de la concrétisation du Droit.

Dans la faute contractuelle, (1) à rebours de ce qui se passe dans la faute délictuelle, la part du concret diminue, le juge devant tenir compte pour déterminer les responsabilités, non de critères de faits, mais d'un critère établi aprioriquement. C'est le domaine de la « culpa levis in abstracto ». On l'appelle ainsi parce que pour savoir si quelqu'un est en faute, on se réfère à un type abstrait, le « bonus pater familias ». C'est à ce type qu'on doit comparer la conduite du débiteur. Si elle y correspond, ou la dépasse en diligence, il est absout, sinon il est condamné à réparer les dommages causés par l'inexécution du contrat.

Avoir devant ses yeux, cette image du « bonus pater familias » et ne pouvoir pas l'écarter, n'est-ce pas forcer le juge à méconnaître tous les faits qui pourraient avoir comme conséquence une solution autre que celle imposée par ce critère abstrait ?

La loi elle-même a senti la nécessité d'une plus grande souplesse, et elle a fait quelques distinctions d'après la nature des divers contrats.

Parfois, comme dans le commodat, la diligence que doit prouver le débiteur est plus grande que celle d'un « bonus pater familias ». La loi indique quelques éléments de ce surcroît de soins (art. 1882).

Parfois au contraire, le débiteur aura la tâche plus facile, n'étant tenu que de sa faute grave (art. 804, art. 1992, 2^e al. 13774, 2^e al.).

Enfin le concret revient dans la faute contractuelle, mais en

1. Rouast, *L'abstrait et le concret dans le Droit*, p. 162 et suiv.

quantité limitée. La responsabilité du débiteur sera appréciée d'après sa conduite habituelle, donc « in concreto » dans le domaine du dépôt (art. 1927). Elle coïncide avec une plus grande liberté du juge, mais qui ne va pas au delà du « concret individuel ».

L'article 1137, imposant comme terme de comparaison de la conduite du débiteur le « bonus pater familias », est une manifestation de l'abstrait dans le Droit, obtenu par la limitation des pouvoirs du juge.

Avec l'abus de droit on revient au concret. Cette théorie étant construite à l'aide des solutions que la jurisprudence a données au cas d'espèces dont elle était saisie, s'en ressent de sa formation empirique. C'est la considération du fait, sans restriction aucune, et sans que son escamotage soit imposé, qui permet de dire s'il y a eu ou non abus de droit.

L'accroissement de la liberté du juge ramène encore une fois le concret dans la structure du Droit.

Le premier agent qui concrétise le Droit, est donc le juge. C'est au moment du litige que cette concrétisation se produit. Par le seul fait que le Droit doit se concentrer sur la tête d'un sujet, il fait un premier pas vers sa concrétisation. Celle-ci devient encore plus prononcée, si toutes les circonstances de la cause peuvent être envisagées en pleine liberté et peser avec leur propre force dans l'élaboration de la solution.

La localisation du Droit dans le temps et dans l'espace, n'est que la condition de la concrétisation du Droit. A ce moment le Droit se réalise. Et ainsi que le disait Ihering, le Droit existe pour se réaliser. C'est dire combien il importe de savoir quelles sont les conditions qui doivent être respectées pour que la réalisation du Droit soit complète.

Le Juge comme agent de concrétisation, agit de deux manières différentes. L'une lui est habituelle, l'autre n'est que l'exception.

Normalement le juge procède à la solution d'un conflit en vertu de ces pouvoirs de juridiction. Il ne fait que dire le Droit,

qu'il trouve tout fait dans la loi, soit qu'il soit exprimé clairement, soit qu'il s'en saisisse indirectement par interprétation.

Mais il peut agir aussi quelquefois, plutôt en vertu de ses pouvoirs « d'imperium » que de ceux de « jurisdictio ».

Ceci arrive, quand la loi lui permet d'adapter une institution aux besoins individuels. On a eu un exemple quand on a dit qu'en matière de divorce, le juge peut ordonner ce qu'il croit être la meilleure solution, à propos de la garde des enfants. Mais cette attitude du juge n'est qu'exceptionnelle. C'est l'autre qui nous intéressera parce qu'elle signifie interprétation, et l'institution à cause de son expression légale, n'arrive à sa concrétisation que grâce à l'interprétation du juge.

Le second agent de la concrétisation du Droit est l'homme lui-même, quand il emploie certaines formes juridiques. En procédant ainsi il donne une qualification juridique à ses actions.

On se rappelle que lorsque nous parlions du concret que peut contenir l'institution avant qu'il soit question d'un litige, il fallait aller le chercher dans la vie sociale, dans ces formes d'activités qui sont les modèles que la loi a eu en vue quand elle a construit juridiquement les institutions. Même alors, disions-nous, on peut dire que le concret s'il n'existe pas dans la loi, existe dans le Droit. En effet, les faits qui le constitue entrent dans le Droit, à cause des possibilités de contrainte juridique qu'ils impliquent.

Si on veut trouver dans le Droit, un domaine qui soit par excellence celui du concret, c'est parmi les contrats qu'il faut chercher (1).

Le contrat est doublement concret. D'abord parce qu'il s'identifie avec les actions d'un homme. Il participe du caractère concret de celles-ci. Ses actions ne lui sont pas imposées. Elles répondent à ses « besoins concrets ».

Le contrat est aussi concret parce que son contenu et ses

1. Rouast, *L'abstrait et le concret dans le Droit*, p. 166.

modalités sont librement déterminés par les parties elles-mêmes. L'indice de cette liberté est l'existence dans la loi de règles supplétives.

Le législateur n'impose pas. Comme le disent MM. Colin et Capitant, « il propose » (1). C'est aux parties de choisir, soit explicitement, soit implicitement.

Les parties, quand elles concluent un contrat, « disent » elles-mêmes le Droit. Car le contrat est une source de Droit, c'est une source particulière, mais c'est quand même une source.

Pour notre part, nous le considérons plutôt comme un moyen de concrétisation du Droit, en nous appuyant sur les explications fournies.

Le contrat tire sa force obligatoire d'une reconnaissance formelle, de celle qui est contenue dans la loi. En effet, c'est l'article 1134 qui par les dispositions qu'il contient, autorise les conventions et leur effet obligatoire.

« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », lisons-nous dans le premier alinéa de cet article. C'est donc dans la loi, source formelle d'après M. Geny, que réside la force obligatoire du contrat.

L'importance du contrat, c'est qu'il concrétise le Droit. Il est le meilleur moyen qui existe. Il l'est ainsi qu'on l'a dit, doublement.

C'est par son fonctionnement qu'il possède ce caractère. Car le contrat peut être envisagé sous un aspect dynamique et sous un aspect statique.

Du premier point de vue, il est le complément de la personnalité humaine et collective. C'est avec son aide qu'elle peut agir juridiquement. Et c'est à ce moment qu'il révèle son rôle de concrétisation du Droit.

Il peut être considéré aussi du second point de vue, sous un aspect statique. C'est son image dans la loi. Il a alors un carac-

1. Colin et Capitant, *Cours de droit civil*. Paris, Dalloz, t. I, p. 9.

tère institutionnel. La loi lui trace un cadre, et énumère ses éléments : consentement, objet, cause. Seulement quand il s'agira d'un consentement, d'un objet et d'une cause déterminée, le concret peut être de nouveau retrouvé. Mais alors il faudra que le contrat fonctionne. Il a changé d'aspect. Il est dans la phase dynamique.

Même quand le contrat est utilisé et par conséquent quand il est dans son rôle de concrétisation du Droit, il peut avoir un certain aspect abstrait. Ça arrive quand il s'agit d'un acte sans cause (1), où dont la cause est dite abstraite. Mais le contrat, comme instrument concrétisateur n'en souffre pas. En effet, ce qui lui donne cet aspect d'abstraction, c'est le fait qu'au moment du litige, le juge ne peut pas aller jusqu'au fond des choses et tenir compte de toutes les circonstances de la cause. Si certaines formes ont été respectées, l'acte juridique est valable.

Le contrat a donc un rôle fondamental dans la vie du Droit. Il exprime le Droit, directement sous une forme concrète. C'est pour cette raison qu'on doit le considérer de ce point de vue. Mais pour qu'il puisse fonctionner, l'existence de personnalité humaine ou collective est nécessaire.

Le champ d'activité du contrat sera déterminé d'après des critères que nous dégagerons. On peut dire dès à présent que tout ce qui ne peut pas être intégré dans l'une de ces trois constructions juridiques : institution, concept pur et personnalité, est du domaine contractuel (ou de celui de deux autres instruments concrétisateurs du Droit : la convention collective et la règle statutaire).

L'institution et la technique du Droit.

IV. L'institution, ainsi qu'il ressort des exemples que nous venons de donner dans la section précédente, n'arrive à se concrétiser qu'au moment d'un litige. C'est par l'interprétation

1. Rouast, *L'abstrait et le concret dans le Droit*, p. 168.

du juge que l'institution en tant qu'expression légale d'une réalité concrète, peut se réaliser. Et la plupart des fois, dans la quasi-totalité des cas peut-on même dire, le juge agit en vertu de ses pouvoirs de « *jurisdictio* » et non en vertu de ceux « *d'imperium* », de sorte qu'il doit toujours tendre vers une conciliation des faits avec les cadres juridiques existants.

Cette conciliation ne pourra se produire que dans la mesure où on tient compte des caractéristiques de l'institution. En procédant ainsi, on n'arrive pas à violer les faits, sous prétexte de respecter la loi, ou inversement on ne méconnaît pas la loi, en invoquant la nécessité de satisfaire les nouveaux besoins de la vie sociale.

Les situations qui peuvent se présenter quand on invoque les règles légales qui constituent l'institution, afin de solutionner un cas concret, sont de deux sortes :

a) Le cas qui se présente n'est qu'une particularité individuelle, et que la loi, par la façon abstraite dont elle s'exprime en matière institutionnelle n'a pas prévu ;

b) Le cas qui se présente peut être non seulement une particularité individuelle, mais l'indice d'une évolution dans la vie sociale, et dont les éléments cherchent une consécration juridique.

La frontière entre ces deux catégories ne pourra jamais être tracée d'une manière ferme.

Quand devant le juge, un nouveau besoin demande sa reconnaissance par le Droit, il se présente toujours sous l'aspect d'un cas individuel et le juge ne pourra l'envisager que comme tel, la loi ne lui accordant pas le pouvoir de se prononcer « par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui lui sont soumises » (art. 5 Code civil).

On voit donc combien il est difficile de savoir si on est vraiment en présence d'un cas nouveau, ou si on n'est pas simplement en face de circonstance propre à ce cas.

Malgré tout ce qu'il y a d'incertain dans la délimitation exacte de cette différence, celle-ci existe.

La nouveauté de la situation se manifeste par le fait que des cas ayant un caractère plus ou moins apparent de ressemblances entre eux et toujours en plus grande quantité, sont soumis à l'appréciation du juge. Jusqu'à ce moment, celui-ci n'en avait rien vu de pareil.

Et parce qu'on n'est pas sûr que ce ne soient que des particularités individuelles d'une situation ancienne, l'attitude du juge doit être pleine de prudence.

Il y aura donc deux attitudes du juge, parce qu'il y a deux aspects différents des choses.

La manière dont le juge doit procéder dans les deux situations dont il a été question est clairement indiquée par M. Demogue (1).

« Si la Cour de Cassation par certains biais a évité de trancher
« les questions qui lui étaient soumises, en sens inverse, certains arrêts se sont montrés plus expansifs et ils ont dans
« leurs motifs affirmé des solutions d'une portée générale. Ce
« procédé est-il à approuver ?

« Nous croyons qu'il faut distinguer.

« Lorsque la Cour se trouve aborder un ordre de question
« entièrement nouveau, qui lui est soumis pour la première
« fois, en l'absence à peu près complète de toute doctrine,
« malgré l'inconvénient qu'il peut y avoir à ne pas fixer de suite
« la nature d'un nouveau rapport juridique, il paraît raisonnable de limiter la solution à un cas précis.

« Au contraire, lorsqu'une décision rencontre sur un cas donné
« des solutions voisines, de sorte que la plus grande partie des
« hypothèses paraît découverte, ou lorsque la solution générale
« par suite de travaux doctrinaux ou d'espèces soumises aux
« Cours d'appel et aux tribunaux, apparaît déjà clairement, les
« arrêts de cassation peuvent et doivent employer ce procédé
« qui est le couronnement naturel de la science juridique : la
« concentration juridique, la construction juridique.

1. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*. Rousseau, Paris, 1911, p. 220-221.

« Ainsi la société pratique se trouve assurée et en même temps, son naturel, la clarté, la simplification du Droit est obtenu.

« Cette généralisation des solutions émanant des motifs et arrêts est ici un heureux résultat. »

L'hypothèse à laquelle se réfère le premier procédé que M. Demogue préconise est précisément celui qui est employé quand on ne se trouve en présence que d'une particularité individuelle.

C'est parce qu'on n'a pas la certitude de l'apparition de nouveaux besoins, qu'une plus grande prudence est nécessaire. Celle-ci consiste à ne pas affirmer dans les motifs des arrêts, des solutions d'une portée générale.

Ces solutions ne sont pas nécessaires, du moment que par hypothèse, ne s'agissant pas d'un cas nouveau, les affirmations générales se trouvent dans la loi.

Il faut voir maintenant à quel caractère spécifique de l'institution, correspondent les deux situations qu'on a distinguées.

La première n'est que la conséquence de l'aspect matériel de l'institution, de son existence de fait.

La seconde se réfère à son caractère d'une activité normale, que la loi n'a fait que reproduire presque tel quel. S'il se trouve des corrections, elles ont trait non à l'ensemble, mais aux secondaires.

Quelques explications sont nécessaires.

La matérialité de l'institution a ceci de bon qu'elle peut être saisie dans la réalité des choses avec la plus grande facilité et en mettant en œuvre les moyens les plus simples de l'activité intellectuelle : la perception et la représentation. Il est vrai qu'après cette première opération, la raison intervient pour agencer ce que l'entendement lui a fourni. Mais pour le moment, on peut laisser de côté cet aspect de la question.

L'effet qui nous intéresse, et qui est la conséquence de la matérialité de l'institution et des moyens qui permettent de se la représenter, consiste en ceci qu'en sa qualité de fait, l'insti-

tution porte en elle-même sa propre limitation. Celle-ci ne peut pas être arbitraire et imposée par des considérations subjectives. Dans le domaine de l'institution, celui-ci n'intervient que pour justifier et non pour créer.

Ainsi par le seul fait qu'une institution existe elle se délimite. C'est un grand avantage qu'elle possède. Mais il n'est utile dans toute sa force, ainsi qu'on va le voir bientôt, que lorsqu'on se trouve dans la première situation. Car, dire qu'un cas qui se présente devant le juge n'est qu'une particularité individuelle, et qui peut trouver sa place dans l'ensemble, signifie que les limites de cet ensemble n'ont pas été brisées, et que par conséquent elles gardent toutes leurs valeurs.

Et ceci arrive parce qu'on ne se trouve pas en présence de besoins vraiment nouveaux, mais seulement devant une manifestation de l'esprit qui domine à l'intérieur des limites.

Mais comment peut-on arriver à découvrir cet esprit ?

L'institution est passée dans les lois. Mais elle n'apparaît que fragmentairement. Il faudra donc découvrir l'ensemble. Et quand on a pu construire celui-ci, la raison de l'institution se montre aussi.

C'est une opération intellectuelle plus compliquée qu'il faut accomplir. En partant de l'analyse des règles légales éparses, on induit l'ensemble, pour confirmer par la déduction ce qui permet d'entrevoir des solutions nouvelles.

La matière institutionnelle se prête donc bien aux constructions juridiques, à l'élaboration des concepts. Elle permet d'intégrer la règle légale. Elle ne lui permet pas l'isolement.

L'institution, si elle permet d'édifier de concepts juridiques, n'est pas le domaine par excellence de ceux-ci. C'est dans les concepts purs qu'on va rencontrer, dans leurs toutes puissances, les constructions juridiques. Ceci arrive parce que l'institution ne présente pas seulement un côté de limitation, dû à son caractère de fait, mais aussi celui d'une activité normale.

Cela n'empêche pas que les constructions juridiques aient leur importance aussi dans le domaine institutionnel. Mais il

faudra savoir à quel moment les employer, pour qu'elles puissent rendre tous les services dont elles sont capables. Et ceux-ci ne sont pas petits.

« Chaque institution, dit Thaller (1), exige un effort de synthèse pour être comprise... le devoir de l'homme de loi est de « la ramener à une figure d'ensemble résumant ses services et « le but auquel la dite institution répond, puis de classer cette « figure parmi les catégories déjà établies, ou s'il le faut, d'ins- « tituer pour elle une catégorie nouvelle. Et c'est en cela que « consiste l'art de construction et toute entreprise qui s'abstient « d'y recourir, laisse l'édifice qu'elle élève entièrement décou- « ronné.

« Par une autre métaphore, la construction juridique est une « clef de voûte qui soutient tous les arceaux, toutes les pièces « de l'œuvre. Son avantage ne réside pas dans un amusement « de l'esprit. Le mérite qu'elle a, c'est de communiquer au cer- « veau sous forme dense et agrégée un appareil de démonstra- « tion au moyen duquel de nombreuses difficultés se résou- « dront.

« Grâce à elle, un principe dirigeant gouvernera les cas les « plus inattendus d'un litige. »

C'est dire en termes excellents toute l'importance d'une construction juridique et du même coup apprécier, ainsi qu'il convient, l'aspect institutionnel de la législation qui a permis l'élaboration de ces constructions.

La filière qu'on a suivie pour arriver à ce moment, c'est-à-dire à la création du concept, a son point de départ dans le réel. Son aboutissement se dégage du réel, s'isole de la vie, ainsi que le dit M. Geny, vivant sa propre vie, comme une entité logique.

Mais si le concept institution (celle-ci entendue ainsi qu'on l'a décrite dans cette étude) a son point de départ dans le réel, celui-ci se créant de lui-même, et ne subissant pas de déforma-

1. Thaller, *Les méthodes en droit commercial dans les méthodes juridiques*, p. 135.

tion subjective, ne voit-on pas que la part d'arbitraire qu'il pourrait contenir est réduite au minimum ?

L'arbitraire ne lui est pas consubstantiel, parce qu'il ne fait que représenter un ensemble de faits.

C'est à un autre moment que l'arbitraire pourra apparaître. Mais nous nous trouvons dans la première situation, quand les limites d'une institution sont assez larges pour embrasser tous les cas individuels.

Ainsi, à l'aide des constructions juridiques « les textes du Code » acquièrent une puissance indéfinie de révélation du Droit » (1).

Le Droit par ces procédés ne cesse pas de tirer sa substance de son propre fond. S'il y a un vice dans le maniement des constructions juridiques, la faute ne sera pas imputable à la méthode, mais à celui qui les a construites et qui les emploient.

On ne peut s'empêcher de remarquer que cette limitation qui permet d'aboutir à de nouveaux développements, n'a été possible que parce qu'elle se trouve dans les faits. Et pour que ceux-ci puissent se présenter tels qu'ils sont, sans autre signification, il a fallu adopter l'attitude qu'implique l'institution et qui a été décrite longuement dans la section II.

Nous croyons que la vie du Droit gardera toute l'aisance désirable et ne sera pas entravée dans ses manifestations nouvelles, bien que certaines limites soient imposées au pouvoir de la jurisprudence.

C'est plutôt par une bonne répartition des tâches entre les divers instruments qui expriment et qui concrétisent le Droit, qu'on arrivera aux meilleures solutions. Et ceci ne pourra advenir que si on connaît les critères qui commandent cette répartition et les raisons qui les justifient.

Les « constructions juridiques » permettent d'assouplir le Droit, parce qu'elles contiennent l'esprit d'un ensemble de règles. Mais cet esprit ainsi qu'on vient de le voir, par la nature des matériaux qui ont permis de l'extraire, s'il est capable d'un

1. G. Morin, *La loi et le contrat, la décadence de leur souveraineté*, p. 27-28, chez Félix Alcan. Paris, 1927.

grand nombre d'applications, celles-ci se feront toujours à l'intérieur de certaines limites. Car ce n'est pas un élément subjectif qui résout les nouveaux cas et dont les bornes de l'application pratique ne peuvent être découvertes. A rebours d'un sentiment qui inspire les règles de Droit, l'esprit d'une institution peut à un moment donné devenir une vraie entrave. C'est d'ailleurs le reproche qu'on leur a fait, mais nous croyons que c'est tout à leur honneur. Car, ne sanctionner juridiquement que ce qui rentre à l'intérieur des limites d'une construction juridique, c'est tenir compte du besoin de sécurité que ressentent les individus dans leurs activités.

C'est en même temps un procédé de développement du Droit, par lequel celui-ci peut tirer sa substance de son propre fond. Pour que cette condition soit toujours respectée, il faudra que le Droit s'enrichisse d'institutions et présente le moins possible l'aspect d'une législation réglementaire. Une législation qui se présente sous cet aspect aura toujours un caractère d'inachèvement. Une solution légale demandera encore une solution légale et leur nombre s'accroîtra démesurément. Par contre, une fois établies, elles ne pourront être intégrées dans des constructions juridiques, parce que rien dans leurs genèses et dans leurs liaisons entre elles, ne permet de découvrir une limite.

Dans l'institution on a vu où se trouve la limite. C'est dans l'ensemble des faits que la loi accepte et qui lui préexistent. Cette limitation qui se trouve dans la réalité de la vie sociale qui contient ces formes d'activités, se retrouve jusque dans le concept, entité logique, comme disait M. Geny, et qui est en dehors de la vie. Mais il ne faut jamais perdre de vue l'origine du principe de limitation qui existe lorsque la loi s'exprime institutionnellement. Et elle ne peut s'exprimer ainsi que si elle adopte une attitude de reproduction passive avec tout ce que celle-ci comporte en plus (voir section II).

L'institution peut donc être envisagée comme la base d'une construction juridique adéquate. Mais par la manière dont celle-ci naît, elle changera quelque peu d'aspect.

La construction juridique, bien qu'elle soit génératrice de solutions nouvelles pour des cas non prévus, n'en possède pas moins un caractère de fixité. Celui-ci se superpose à celui de limitation. Fixité et limitation sont les deux principes que contient la construction juridique, et qui d'ailleurs lui permette (surtout le second) d'avoir « une puissance indéfinie de révélation du Droit ».

Pour ce qui concerne la limitation, on a expliqué son origine première. Mais comment la construction juridique acquiert aussi la qualité de fixité et qui peut cependant devenir le défaut de fixité ?

C'est le passage de l'institution, forme d'activité de la vie sociale, dans la loi qui en est la cause.

La règle de Droit, comme le disait M. Haurion (1), est l'élément de durée de l'institution. Et c'est sur cette règle de Droit que s'appuient ceux qui édifient les constructions juridiques. Ils ne pourraient faire autrement car il leur faut quelque chose de durable et c'est seulement à l'intérieur de la loi qu'ils peuvent le trouver.

Nous arrivons ainsi au second aspect de l'institution.

Elle est une forme d'activité normale. Dans la vie sociale, il peut toujours se former de nouvelles formes d'activité normales. C'est alors qu'apparaissent des cas nouveaux qu'on soumet à l'appréciation du juge. Comment la construction juridique avec ses deux principes de limitation et de fixité, pourra-t-elle encore être utile ? Car les cas qui se présentent ne sont plus des particularités individuelles, mais bien l'indice d'une évolution qui se produit.

Evidemment, la construction juridique, au lieu de manifester de nouveau « sa puissance indéfinie de révélation du Droit » sera plutôt entravée. On ne peut plus recourir à son aide. Il faudra s'adresser ailleurs.

C'est à ce moment qu'il devient nécessaire de chercher ce que

1. Haurion, *La théorie de l'institution et de la fondation. Cahiers de la nouvelle Journée*, p. 7, n° 4, 1925.

la seconde caractéristique de l'institution, qui consiste en ce qu'elle est une forme d'activité normale, peut nous enseigner. On a vu que la matérialité de l'institution acceptée telle quelle par la loi, permet d'aboutir à l'édification de constructions juridiques dont le rôle est si considérable, et tellement en conformité avec les nécessités du Droit et de la vie sociale.

La préexistence des faits qui constituent l'institution à leurs reproductions légales est le motif même qui nous porte à croire que dans la consécration des cas ayant un aspect institutionnel le juge peut montrer beaucoup d'audace.

Il s'ajoute à ce motif un second, qui consiste ainsi qu'on vient de le dire, dans la matérialité de l'institution envisagée telle qu'elle.

Et le fait qu'on peut les envisager telles quelles ne tient qu'à leur caractère de normalité.

Toutes ces caractéristiques agissent, chacune d'une manière qui lui est propre, pour faciliter la tâche de l'interprète et sans que par là il en résulte des dangers.

Si on a clairement devant les yeux les traits fondamentaux de l'institution on en comprendra la raison.

Un cas qui se présente au juge dans un litige révélera immédiatement à qui sait le voir, s'il est une parcelle d'une nouvelle forme d'activité normale, où s'il est l'indice d'une anormalité due à des causes nouvelles.

Quand les développements de la stipulation pour autrui, dont le Code civil ne prévoyait que deux cas, ont demandé par l'intermédiaire du juge, la consécration du Droit, on s'est tout de suite rendu compte qu'on avait affaire avec des situations normales, et qui ne trouvaient d'empêchement que dans l'insuffisance de la loi.

Autrement se passèrent les choses, quand se produisirent les premières manifestations des dommages causés par les accidents de travail. Il ne pouvait plus être question de consécration d'un nouvel état de fait, comme en matière de stipulation pour autrui. Il s'agissait ici de corriger un état de fait, qui ne pouvait

plus l'être d'une façon satisfaisante à l'aide des anciennes constructions juridiques. Il fallait adopter une attitude active, de création de nouvelles formes juridiques. Les faits ne fournissaient que la matière brute, sans qualification aucune, parce que celle-ci ne pouvait venir que d'une certaine position qu'on prenait à leur encontre, ayant la plupart des fois un support subjectif. Dans le cas de la stipulation pour autrui et en général dans toute stipulation institutionnelle (comme dans la fondation, p. ex.) si on aboutit aussi à la création de nouvelles formes juridiques, qui ne sont que des nouvelles institutions, on prend celles-ci dans la réalité objective et le travail de création se réduit à une copie plus ou moins fidèle. Ce n'est plus pour effacer une anormalité qu'on a édifié un nouveau moule juridique, mais bien pour consacrer une situation normale. Devant celle-ci on a plutôt une attitude passive d'enregistrement. Les faits portent en eux-mêmes leurs qualifications et la loi les traduira ou tels quels dans le langage que la pratique leur donne ou elle en inventera un autre, plus précieux peut-être, plus technique, mais qui aura la même signification d'acceptation.

Donc, le caractère de normalité d'une situation qui se présente fragmentairement au juge, par cas d'espèce, l'inclinera à une moindre défiance. Tant qu'il aura les moyens de relier les nouveaux cas aux anciennes constructions, il les emploiera, mais s'il ne le peut plus, il n'hésitera pas d'avancer hardiment dans la voie des nouvelles solutions.

Le reproche d'arbitraire dans ce domaine ne saurait prévaloir.

On a vu que le caractère de normalité d'une situation est facile à constater.

Ces situations ne sont pas susceptibles d'un prolongement indéfini. Il arrive un moment où elles prennent leur limite et la période de fixité commence.

Dorénavant il existera un nouveau moyen de « penser juridiquement la vie ». Le juge qui ne fait que les suivre, pourra se tromper dans les détails. L'arbitraire n'est pas consubstantiel à

son attitude en matière institutionnelle. La vraie force de création est en dehors, non seulement de la loi, mais même de tout impérative étique qu'il pourrait invoquer, en ne cherchant dans la loi que sa justification possible.

Et le Droit, comment trouve-t-il son compte dans cette audace qu'on recommande au juge ? Ne s'alourdira-t-il pas à cause des nouvelles exigences qu'on lui demande de satisfaire ?

Le danger serait réel si la nouvelle acquisition du Droit, ne portait en elle-même le germe de nouveaux développements. Mais on se rappelle que précisément l'accroissement par institution de l'édifice juridique, aboutit à la possibilité des constructions juridiques contenant « une puissance indéfinie de révélation du Droit ». Cet avantage que possède un droit dont la charpente est composée d'institutions, sera rendu encore plus sensible quand on arrivera à voir des règles de Droit qui ne peuvent pas être intégrées dans l'une des trois constructions juridiques desquelles il est question dans cette étude, c'est-à-dire dans l'institution, le concept pur et la personnalité.

Ces règles de Droit sont reliées directement au principe subjectif qui les inspire et que nous avons qualifié de ferment d'arbitraire et d'imprécision. Pour écarter ces deux dangers auxquels il faut ajouter du point de vue juridique un troisième, celui d'impuissance, on amoncelle règle sur règle, règlement sur règlement, et les lois et les Codes s'enflent démesurément

Il existe dans le domaine institutionnel un endroit où l'interprétation la plus stricte est nécessaire. C'est des règles de procédure, des règles de formes, de publicité, que nous voulons parler.

Ainsi que le dit M. Morin (1) :

« Il doit y avoir... comme lois impératives pour le juge...
« les lois qui ont pour objet de satisfaire aux nécessités de crédit,
« c'est-à-dire de la confiance dont l'activité humaine a besoin

1. Morin, *La Loi et le contrat. La décadence de leur souveraineté*, p. 40-41. Paris, chez Alcan, 1927.

« pour s'exercer... d'où ces règles que le juge doit respecter,
« de la publicité, s'appliquant aux actes de l'état civil, aux
« régimes matrimoniaux, aux mutations immobilières et aux
« constitutions d'hypothèque, règles dont l'ensemble constitue
« un formalisme indispensable à la vie sociale.

Et plus bas.

« Il doit y avoir enfin dans toute législation des formes de
« procédure, des délais de forclusion, de péremption ; de
« présomption, qui ne rempliraient pas leur fonctions de con-
« trainte sur l'activité de l'homme si l'on pouvait en éluder
« l'application, grâce à l'intervention arbitraire du Juge.

« Ce sont les règles du jeu social, avec lesquelles il n'est
« pas permis de tricher.

Dans ce domaine, la part de création du législateur est prépondérante, bien que parfois il puisse apparaître spontanément dans la vie sociale certaine règle de procédure et de publicité. Mais en général, c'est la loi qui les crée et M. Morin a raison de souligner leur « fonction de contrainte sur l'activité de l'homme ».

L'institution dans le droit ouvrier (1).

V. — Dans la première partie de cette étude, au chapitre I, on expliquait pourquoi la formation du Droit ouvrier présentait un aspect vraiment nouveau.

Dans la seconde section du même chapitre, nous ajoutions que l'examen de la structure de cette législation, ainsi que celle du Code Civil, permettait de faire des comparaisons intéressantes entre les deux, en faisant ressortir avec plus de clarté, ce qui caractérise chacune d'elle.

On a vu que le Code Civil est constitué dans sa quasi-totalité, par des institutions.

1. Voir P. Cuhe, *La législation du travail et les transformations du droit. Cahiers de la Nouvelle Journée*, n° 4, 1925.

On sait comment nous entendons celles-ci, par les explications que nous avons fournies au cours de plusieurs sections.

Pour nous rendre compte de ce que le Droit ouvrier contient de nouveau comme élément juridique, on procèdera par élimination. Après avoir vu ce qu'il en restera quand on aura identifier les institutions, les concepts purs et les personnalités, on essaiera de faire une appréciation critique de ce reliquat, qui est fort volumineux d'ailleurs.

Les institutions qui nous intéressent sont celles qui ont un aspect juridique et non administratif. Cependant le Droit ouvrier est fortement imprégné d'un caractère administratif et peut être défini : les intérêts privés envisagés sous un angle administratif. Il en résultera toujours une contradiction avec le mode de production et d'appropriation, qui, en dépit de ce qu'on a voulu y voir, reste toujours individuel. Nous nous référons, quand nous affirmons ceci, non à l'aspect extérieur des entreprises, qui est celui d'une concentration très prononcée, mais à la manière dont elles se créent. C'est toujours l'individu, le chef d'entreprise qui prend l'initiative de fonder un établissement, qui le dirige, et reçoit la rémunération de son travail, sans qu'il se considère comme un préposé de la Société (dans le sens de la théorie collectiviste) dans la fonction qu'il remplit et sans que son bénéfice soit calculé en conséquence.

Les ouvriers, eux aussi, sont loin de se considérer rémunérés ainsi que le prescrit la doctrine collectiviste.

Quelles sont donc les institutions du Droit ouvrier ?

Il n'existe que deux qui méritent vraiment ce nom, et encore ne sont-elles, de l'avis de la plupart des auteurs, qu'ébauchées.

Ce sont l'association professionnelle et le contrat de travail.

La première en matière de législation industrielle porte généralement le nom de syndicat.

En ce qui concerne le second, il faut lui adjoindre la convention collective de travail, parce que les deux instruments ont le même but, d'établir des relations juridiques entre employeurs et employés.

Le contrat de travail suppose pour fonctionner l'individu, de même que la convention collective implique un groupement au moins d'un côté.

Si on veut établir une hiérarchie entre les deux sortes d'institutions qu'on vient de mentionner, on se rend tout de suite compte que la convention collective de travail est subordonnée au syndicat, de la même façon que le contrat l'est à la personnalité humaine.

Dans le Droit ouvrier, en matière d'institutions on est sous le signe du dynamisme.

La hiérarchie qu'on vient d'établir, démontre que les institutions qui sont les plus importantes sont celles que M. Haurion appelait institutions personnes et qui sont, ainsi qu'il le disait, « un principe d'action et d'entreprise ». Elles sont la *condition de l'action*, non l'action elle-même.

Si on veut dans le Droit ouvrier permettre à la règle de Droit de ne pas subsister isolément, mais de s'intégrer dans l'une des trois constructions juridiques : institutions, concept pur et personnalité, la clef de voûte de cet édifice, sera l'institution personne, ou pour parler encore comme M. Hauriou, la corporation.

Mais il faudra respecter sa raison d'être, qui n'est que le principe qu'elle contient, celui d'entreprise et d'action.

La corporation est la condition de l'action disions nous. C'est à cela que devra se borner la réglementation de la loi. Mais elle devra le faire de telle manière que les manifestations de cette action se produisent ainsi qu'elle le désire. En absence du respect tacite de ce désir, la loi devra les prévoir elle-même et les imposer d'une manière explicite et impérative.

Le législateur imposera lui-même certaines obligations. Mais examinons succinctement dans quelles circonstances il le fera.

Dans le cas qui nous préoccupe : c'est-à-dire dans l'activité d'une corporation à l'aide d'une convention collective de travail, ou mieux quand il s'agit de l'emploi du contrat de travail, par un simple individu, ce sont les clauses de ces instruments

qu'il va réglementer. Toutes les obligations légales naîtront à l'occasion du fonctionnement d'une autre source d'obligation : convention collective ou contrat de travail. Il n'existera plus de règle supplétive dans le domaine de ces deux espèces de conventions. Leur place sera occupée par des obligations légales, dont le volume s'enflera démesurément. Mais la situation sera quelque peu paradoxale et voilà pourquoi :

Il s'agit de deux sources d'obligations qui fonctionnent en même temps. L'obligation légale ne peut naître que lorsque l'obligation de travail et la convention collective sont employées. Car les obligations que la loi prévoit ont trait à une situation qui se forme par l'établissement de relations entre les employeurs et les employés, relation dont le symbole est dans la conception classique de nature contractuelle. Il y a donc juxtaposition de deux sources d'obligation dont l'une est la méconnaissance du principe qui justifie l'autre. Car le contrat de travail et la convention collective de travail ne sont que la façon d'agir de deux personnalités : l'une humaine et l'autre corporative toutes deux « principe d'activité et d'entreprise ».

Or, ne pas laisser se dérouler cette action d'elle-même, en n'établissant que ses conditions, mais au moment où elle devient possible la couler dans des règles légales, qui ne peuvent montrer quand elles établissent une obligation légale, que leur aspect de limitation, n'est-ce pas un non sens ?

Dans le Code civil, le contrat était dans toute la force du terme un principe d'activité et d'entreprise. Si la loi réglementait certains de ses effets, elle le faisait non de manière impérative, mais seulement supplétive. C'est dans sa constitution, dans ses éléments que la loi procédait impérativement. C'est quand elle établissait les conditions de l'action qu'elle intervenait avec toute sa force, et non quand il fallait prévoir l'action même.

On sait qu'il en va tout autrement dans le Droit ouvrier.

Toutes les dispositions du Code du Travail ont un caractère impératif. Et ceci dans la plus grande mesure possible.

On n'a pas le droit de renoncer aux prérogatives que la loi vous reconnaît (1).

Dans le droit industriel donc, la constitution institutionnelle gravite autour de l'idée de corporation. C'est l'un des aspects de l'institution, celui de l'institution personne. Tout logiquement et pratiquement lui ont subordonné.

Le Code du Travail a laissé entrevoir un nouveau domaine très étendu, celui de l'obligation légale. Sa grande importance n'est pas sans entraîner certaines conséquences, touchant à la personnalité, parce que la naissance des obligations légales dans le genre de celles que contient le Code du Travail, n'est explicable que par l'insuffisance des personnalités existantes et la non création de celles qui seraient nécessaires. On complètera les indications que nous avons données dans cette section, par des exemples propres à mieux éclairer notre démonstration.

1. Cass., 31 juillet 1909. D. 1910.1.29.

CHAPITRE IV

LE CONCEPT PUR

Définition et description.

Le concept est une construction de l'esprit qui a son point de départ dans le réel, dans le concret. Mais il s'est dégagé au point d'arrivée, ainsi que le dit M. Geny, « à vivre sa propre vie, comme un entité logique ».

Nous pensons qu'on peut appliquer au concept l'épithète de « pur » ; lorsque le rôle de la construction conceptuelle n'est pas d'être au service de la réalité concrète, afin de l'ordonner et de l'expliquer, mais aux services d'éléments abstraits qui interprètent cette réalité conformément à leur substance.

Dans ce cas le concept est doublement abstrait.

Il réalise pleinement sa nature propre.

Dans une construction conceptuelle, sa substance abstraite est susceptible de diverses nuances. En premier lieu, on a l'existence d'un élément purement intellectuel, qui sert à représenter les choses concrètes et qui a particulièrement dans le domaine juridique, un rôle marqué de synthèse. En effet, que sont la plupart des concepts juridiques, sinon la synthèse de certaines manifestations concrètes de la vie sociale ?

Le droit de propriété, le droit d'usufruit, les servitudes, les obligations etc., sont autant de concepts, qui permettent d'avoir une vue d'ensemble des manifestations éparses de la vie sociale. Ces manifestations, prennent toute leur signification, lorsqu'elles ont trouvé une représentation conceptuelle.

Les institutions rentrent dans cette première catégorie. Il

peut exister un degré supérieur dans l'abstraction d'un concept. Dans sa constitution peuvent intervenir des éléments éthiques. C'est à la lumière d'un sentiment que les faits deviennent intéressants. Le rôle synthétisateur du concept est subordonné à une finalité éthique. Il ne groupe pas un ensemble de faits pour leur trouver une raison d'être ou une explication, qui pourrait exister dans ces faits mêmes. Ceux-ci n'ont pas de signification propre.

Ce n'est que pour satisfaire la sensibilité morale d'une époque qu'une construction conceptuelle groupe certaines manifestations qui pourraient la choquer. Dans ce cas, le seul énoncé du concept révèle qu'on se trouve en présence de jugements de valeurs morales. Les concepts de dol, de violence, d'abus du droit, de faute, d'enrichissement injuste mettent pleinement en lumière l'élément abstrait qui leur sert de support. C'est pour la satisfaction de cet élément dont les diverses nuances ne sont que l'expression du sentiment du bien et du mal, que le législateur, consciemment ou non, s'est exprimé par concepts purs. Déjà abstrait par sa nature, le concept le devient encore plus dans les cas que nous venons de citer, par sa raison d'être qui est de satisfaire des abstractions morales. Celles-ci font trouver anormales certaines manifestations de la vie sociale.

Les faits qui servent de points de départ pour l'édification du concept pur, ne seront donc pas reproduits tel quel dans la loi et consacrés juridiquement. La loi ne cherchera pas à les décrire, à les délimiter, afin qu'on sache à quoi s'attache la protection juridique. Et ceci pour un motif très simple qu'on a laissé soupçonner quand nous reproduisions quelques fragments de cette description au commencement de ce chapitre.

Ces faits constituent des anormalités dans la vie sociale, des monstruosité pourrions-nous dire, pour employer un terme plus énergique. Il faut donc les corriger et pour cela imposer la destruction des effets qu'ils ont pu produire.

Ce n'est donc plus la consécration d'un état de fait qui s'im-

pose comme tel au législateur et dont on prend une conscience sommaire par sa perception et sa représentation, en procédant plus tard aux distinctions et aux rapprochements nécessaires.

Il faut posséder un certain bagage de notions étiques afin de trouver intéressantes pour le Droit ces situations. La part du subjectivisme sera plus grande que dans l'élaboration institutionnelle.

Les commandements étiques seront renforcés pour des raisons d'utilité. Mais on se rendra compte que celles-ci ne sont pas absolument nécessaires pour que les éléments subjectifs ne dévoilent dans toute leur force le danger d'imprécision et d'arbitraire qu'ils contiennent.

Il ne faut pas oublier qu'en analysant le concept pur et tout ce que celui-ci implique, nous nous rapporterons pour l'apprécier du point de vue juridique aux exigences que Ihering a réunies sous le nom de spontanéité. Dans la mesure où il heurtera le moins possible celle-ci, le concept pur sera justifié. Nous ne disons pas qu'il peut contenter les conditions de la spontanéité, parce que dans le concept pur, il y a une autre tendance que dans l'institution, ainsi qu'on l'expliquera bientôt. Tout ce qu'on peut demander dans ce domaine, c'est que la loi n'agisse que dans les cas absolument urgents pour réduire au minimum sa contrainte. Car c'est cet aspect qui prédomine dans le concept pur.

Le principe de limitation que la loi contient n'est pas atténué par sa transformation en un moyen de délimitation des faits susceptibles d'être protégés par la contrainte juridique. Il subsiste dans toute sa rigueur. Et ce n'est pas étonnant du moment que la loi réprime certaines manifestations de la vie sociale, celles-ci ayant le caractère d'anormalité, de monstruosité, devant lesquelles on ne peut adopter qu'une attitude de réprobation.

Voyons maintenant quel exemple on peut trouver pour illustrer ce que nous venons de dire.

Dans le Code civil, on est à son aise pour découvrir des

situations que la loi condamne et qu'elle s'efforce de faire disparaître.

En voici quelques-unes.

Le dol, et la violence produisent des effets que la loi par la procédure de l'action en nullité s'efforce de détruire.

La même chose en cas de lésion.

La vente de la chose d'autrui et l'existence de vices rédhibitoires sont également réprochées par la loi.

Les cas de faute contractuelle ou délictuelle sont encore des exemples qui rentrent dans la même catégorie.

L'enrichissement sans cause et l'abus du Droit découvrent par leur seule énonciation, l'anormalité de la situation.

Dans le Droit industriel, la loi du 9 avril 1898, concernant la responsabilité des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail, a pour but de corriger une situation malheureuse.

Une construction intéressante et ayant le même but de normalisation, serait, si le Droit l'admettait celle que propose M. Fourgeaud dans son livre *Du Code individualiste du Droit syndical* (1) sous le nom « d'abus de pouvoir économique » et qui s'encadrerait entre deux autres concepts accomplissant la même fonction dans deux domaines différents ; dans le Droit individuel, la notion d'abus du Droit et dans le Droit public celle de détournement eu excès de pouvoir. Le nouveau concept proposé par M. Fourgeaud aurait sa place dans une nouvelle branche du Droit, nommée Droit collectif.

Les exemples que nous avons donnés, s'ils n'épuisent pas tout ce qui présente le même caractère dans le Droit, suffisent, nous l'espérons du moins, à éclairer la question.

Les ensembles de faits qui donnent naissance respectivement à chacune des constructions citées plus haut, ne peuvent être consacrés par la loi, comme cela se produit en matière d'institutions.

Tout ce que le Droit pourrait faire envers eux serait de les

1. *Du Code individualiste au Droit syndical*. Paris, chez Valois, 1929, p. 98.

ignorer. S'il ne peut pas agir de cette façon négative, c'est que certaines considérations ne le permettent pas. Il faut que ces situations de fait trouvent une résonnance, quand elles se produisent. Elles ne portent pas en elles-mêmes leur qualification, qu'elle soit la juridique ou l'éthique. C'est par rapport à un terme de comparaison que prennent corps les concepts qui les font entrer dans le Droit et tomber sous la condamnation de la morale. Le juste et l'injuste voilà où git la source de cette nouvelle catégorie de constructions juridiques. A mesure que la complexité de la vie sociale augmente, l'impérative de la justice se nuance de plus en plus, tant par les nouvelles applications que cette complexité requiert, que par l'affinement du sentiment de justice lui-même. Dans ce dernier cas, il se peut qu'il pousse à des exagérations juridiques, en faisant entrer certains commandements de la morale dans le Droit. Et, tout doucement, on glisserait des cas, où en vertu des sentiments étiqes la loi réprime les situations normales, jusqu'à ceux, où en vertu des mêmes sentiments, elle imposerait de procéder ainsi que normalement on devrait le faire. On saisit la différence qu'il y a entre les deux situations. Réprimer la faute délictuelle en imposant de réparer les dommages produits, ou l'enrichissement injuste, en obligeant à la restitution des valeurs indûment perçues, c'est partir de certains faits, qui, considérés tant au point de vue de la simple utilité économique et sociale que du point de vue étiqes, méritent d'être traités ainsi. C'est partir du fait, pour le confronter à l'élément subjectif. Ce n'est pas poser comme règle générale qu'un certain commandement moral doit être respecté juridiquement dans tous ses aspects possibles et s'ingénier à trouver ceux-ci dans les manifestations de la vie sociale.

Dans le premier cas, au premier plan se trouvent les faits, tandis que dans le second apparaissent les sentiments. Pour le moment on indiquera que procéder ainsi, c'est permettre à ceux-ci de faire produire aux germes d'imprécision et d'arbitraire qu'ils contiennent, beaucoup de ravages.

Nous voyons une application de la seconde méthode dans un projet de loi, lequel, s'il avait été admis aurait imposé à celui qui avait perdu un objet, de récompenser la personne qui le lui aurait rapporté. La récompense devait être en rapport avec la valeur de l'objet égaré.

Le sentiment de reconnaissance était ainsi tarifié et juridiquement imposé. Il perdait beaucoup de sa valeur, qu'il ne tirait que de la liberté de détermination de celui qui le manifestait.

Par conséquent même dans le domaine des concepts purs, l'objectif subsiste avec beaucoup de force.

Tenir toujours compte en premier lieu des faits, produit certains effets intéressants qu'on examinera de notre point de vue.

Mais ainsi que nous l'avons déjà dit, ces faits ne sont pas envisagés pour être consacrés tels quels.

Après une première opération intellectuelle, celle qui consiste dans leur perception et leur représentation, on procède à leur appréciation.

La façon dont le Droit va les recevoir sera le résultat, non de la première opération intellectuelle, mais du processus d'appréciation morale.

En cas de faute délictuelle par exemple, que perçoit-on et que se représente-t-on.

C'est d'un côté certains agissements et de l'autre une certaine situation comme résultat de ceux-ci. Ce n'est pas cela qui intéressera le Droit. Il faudra l'intervention de l'idée de faute, du sentiment de responsabilité, quelque peu de celui d'expiation, tous éléments subjectifs, qui ne se trouvant pas dans les faits, ne sont pas des choses concrètes, mais existent seulement dans la conscience humaine. Ce seront les constructions de cette conscience qu'on trouvera dans le Droit.

On comprend donc ce qui nous a fait adopter pour désigner cette nouvelle catégorie de constructions juridiques, l'expression de « concept pur ». C'est le caractère d'abstraction qu'elles contiennent et que nous voulons faire ressortir. C'est une transfiguration des faits et non ces faits eux-mêmes qui constituent

leur essence. Transfiguration obtenue par l'emploi d'éléments subjectifs que les faits ont heurtés, le résultat de cette rude confrontation n'étant pas la reproduction des faits mais leur qualification.

Les deux permettent l'élaboration du concept. Mais en cas de qualification, la substance du concept ne provient pas des faits, mais des éléments subjectifs desquels il fut question plus haut.

Caractéristiques de la construction légale du concept pur.

II. — Dans le domaine des concepts purs, la contribution de la loi et l'effort du législateur sont plus considérables. On ne se borne plus à reconnaître une forme d'activité normale, en la délimitant pour savoir exactement ce qui tombe sous la protection juridique. C'est une attitude contradictoire que la loi adopte. Si dans l'institution le principe de limitation que la règle de Droit contient était atténué au point de devenir un principe de délimitation, dans le concept pur, le même principe de limitation est renforcé de sorte qu'il prend un aspect répressif. Car nous nous trouvons dans un domaine répressif. C'est le caractère dominant qu'il faut toujours mettre au premier plan, parce que c'est autour de lui que gravitent tous les autres.

Répression veut dire réaction. Il faut qu'une certaine manifestation se produise, qui en donnant naissance à un mouvement contraire, rétablisse la situation antérieure.

Les faits qui justifient l'existence des concepts purs sont produits par les déviations des activités normales. Ils provoquent la réaction de la loi.

La contribution de la loi se borne à prévoir la riposte.

Nous disions lorsque nous énumérions les diverses attitudes que le Droit prend envers les faits de la vie sociale qu'il.... « considère des faits ayant un caractère anormal, monstrueux

« et, afin d'effacer ou d'empêcher leurs effets il impose la création d'une situation contraire. »

Il faut s'étendre sur le sens qu'on doit attribuer à ce dernier membre de phrase : « il impose la création d'une situation contraire ». Ce n'est qu'indirectement que la situation contraire s'établit. Celle-ci n'est que l'activité normale. La loi par l'existence des concepts purs ne la crée pas, mais la délivre des entraves qui peuvent entraver son déroulement.

Faire tomber les entraves qui peuvent gêner une activité normale et libre n'est que l'aspect négatif, de la méthode dont l'aspect positif, préventif consiste à conditionner une activité de manière à ce qu'elle puisse se dérouler librement et normalement.

Ce rôle de conditionnement sera rempli par l'existence de personnalité, ainsi qu'on va l'expliquer au chapitre suivant.

Si nous avons voulu donner un sous-titre à chacun des titres des chapitres de la seconde partie de cette étude, nous aurions pu ajouter Reconnaissance, Répression et Conditionnement sous l'Institution, le Concept pur et la Personnalité. Car chacune de ces constructions accomplit une de ces fonctions.

Reconnaître, réprimer les atteintes et conditionner les activités normales qui se déroulent d'elles-mêmes, c'est le but vers lequel doit tendre constamment le Droit dans toutes ces constructions et seulement vers elles.

Ce n'est pas l'activité même qu'il doit prévoir et imposer, fût-ce dans ses moindres détails, chose que d'ailleurs il n'arrivera jamais à réussir.

Dans le domaine des concepts purs, le législateur s'est conformé à l'une de ces saines méthodes. C'est ainsi qu'on l'a dit, une attitude de répression des atteintes aux activités libres qui peuvent se manifester dans la vie sociale qu'implique le concept pur.

Quand la loi s'occupe du dol, de l'erreur et de la violence, elle ne prescrit pas comment il faut procéder dans chaque cas, afin que ces vices ne puissent se produire. Elle commence à

prévoir à *partir de leur manifestation*. Et même s'il lui arrive quelquefois de prendre des mesures qui rendront plus difficiles ces vices, ces dispositions ne porteront pas sur le fond des choses, mais seulement sur la forme, sur des questions de procédure. D'ailleurs ce serait là des cas exceptionnels et, ce qui plus est, ce n'est pas en prévision explicite des trois vices sus-cités qu'elle procédera ainsi. Ce n'est qu'indirectement que ces vices seront rendus plus difficiles.

La forme notariée que la loi impose en matière de donations entre vifs est justifiée parce qu'elle protège dans une certaine mesure la volonté du donateur contre un geste précipité et irréfléchi. Mais on se rend tout de suite compte que ce qui peut produire cette irréflexion, n'est pas seulement l'emploi de manœuvres dolosives, ainsi qu'une pression qu'on pourrait faire sur sa volonté, mais aussi d'autres causes qui ne sont pas qualifiées juridiquement. Et il y a aussi d'autres considérations, tout à fait différentes de celles que l'on vient de citer, comme la règle de l'irrévocabilité des donations.

On peut donc maintenir ce que nous disions, que le caractère des concepts purs est répressif.

Quelle appréciation critique pouvons-nous faire du caractère répressif des concepts purs, en nous plaçant du point de vue qui nous intéresse ?

On se rappelle que l'un des aspects de la spontanéité du Droit « condition de toute perfection » ainsi que le disait Ihering, était la liberté qu'il reconnaissait aux individus. On pouvait dire que le Droit a un caractère de spontanéité plus ou moins prononcé, d'après la plus ou moins grande liberté dont peuvent jouir les individus.

On doit se demander pourquoi l'institution et le concept pur, quand on les rencontrent dans la loi, sont l'indice d'une grande spontanéité dans le Droit.

On a vu comment l'institution sauvegarde la liberté d'agir. C'est parce qu'elle n'est que la reproduction de formes d'activités normales, qui se créent en dehors de toute injonction légale.

On se rappelle les conditions que cette représentation doit respecter.

Le concept pur, par sa fonction qui est de réprimer les déviations des activités normales, tend indirectement au même but. Ainsi que nous l'avons dit, il dégage de toutes entraves les activités normales.

La tendance est donc nette en ce qui concerne les concepts purs.

Ce n'est que par sa réalisation qu'elle vaut.

Dans le domaine institutionnel, il était difficile de se tromper. L'institution s'imposait avec toute la force et le poids d'une situation de fait. On n'avait qu'à la transcrire en se contentant d'apporter des modifications de détails. Le rôle des considérations subjectives n'était pas prédominant.

Dans le domaine des concepts purs, qui, répétons-le encore une fois, ont le même but, de permettre le déroulement normal des activités libres, on doit se livrer à une opération d'appréciation morale, qui était réduite au minimum quand il s'agissait des institutions. Ici l'importance de l'élément subjectif est beaucoup plus grande.

Mais il y a un danger. Il provient du fait que le maniement du facteur subjectif peut être imprudemment étendu au delà du domaine répressif, — domaine qui ne prévoit que les conditions négatives d'une activité normale — jusqu'à la création de l'activité elle-même.

Quand ceci se produit, il ne pourra plus s'agir du respect des libres activités, mais on indiquera dans les moindres détails comment doit se dérouler une certaine activité. D'ailleurs on ne sera plus dans le domaine des concepts purs, mais dans celui des obligations légales. Dans ce cas, la part du subjectif devient de plus en plus prépondérante et dans la même mesure augmente ses dangers d'arbitraire et d'imprécision.

Ainsi le point de départ était toujours le désir de respecter la liberté des individus, mais le point d'arrivée était marqué par l'enchaînement de cette liberté, car il ne faut pas s'imaginer

qu'on aboutissait à la création de conditions nécessaires à une activité libre. Les *obligations légales ne sont que l'activité elle-même et non ses conditions*.

En vertu du sentiment qu'on invoque on essaie de prévoir et d'imposer la conduite qu'ils impliquent.

Mais quelle est donc la cause de ce changement et comment peut on se rendre compte qu'on a quitté le domaine des concepts purs pour celui des obligations légales ?

Voilà en quoi consiste cette cause.

C'est l'apparition au premier plan du facteur subjectif et le rejet au second plan du facteur objectif qui indique le passage du concept pur à l'obligation légale.

Dans le concept pur, c'est l'élément objectif qui est au premier plan et le subjectif au second.

Expliquons-nous plus amplement.

Pour commencer, on envisagera le concept pur, car c'est lui qui nous intéresse en ce moment.

Que disions-nous de la justification des concepts purs dans le Droit ?

Que ce sont des manifestations qui ont un caractère d'anormalité, de monstruosité.

Ces manifestations sont constituées par des ensembles de faits qui ont une individualité nettement marquée dans le temps et dans l'espace. Ils ont des arêtes vives, leurs limites sont bien tracées. On les saisit tout de suite dans tous leurs détails.

Les faits qui constituent le dol, l'erreur, la violence, l'enrichissement injuste, etc... sont facilement discernables et on établit tout de suite la physionomie des quatre manifestations citées ci-dessus. Elles se produisent par la force des choses. Elles sont fortement accusées. Elles sont sporadiques, ce qui explique leur délimitation exacte dans le temps. C'est l'un de leur trait le plus important. Elles n'ont pas de continuité. Elles *produisent un état de fait, mais ne sont pas de cet état de fait lui-même*, bien que c'est à celui-ci que s'en prend la loi dans l'œuvre de répression.

Surgissant brusquement et avec tous les caractères qu'on vient de citer, ce sont ces manifestations qui sollicitent les sentiments étiques de les juger, de dire leur mot. Leur caractère agressif appelle l'attention.

Ces manifestations montrent elles-mêmes les limites à l'intérieur desquelles on doit prononcer un jugement de valeur morale. Voilà ce qui ne permet pas au subjectif de dévoiler tous les dangers qu'il implique et de servir seulement pour faire respecter la liberté d'agir normalement.

Quand nous examinerons le domaine des obligations légales, on se rendra compte que ce ne sont plus les faits qui sollicitent les sentiments, mais que ce sont ces derniers qui sollicitent les faits.

A la lumière d'un sentiment, on s'ingénie à découvrir les faits qui peuvent le heurter, les situations qui ne lui sont pas conforme, ou les activités qui ne le respectent pas, et on redressera tout cela en élaborant quantités de règles légales.

Comme c'est le sentiment qu'on considère toujours en premier lieu, et comme celui-ci n'est pas susceptible de trouver en lui-même des limites, les situations qu'il cherchera à changer pourront se multiplier à l'infini, la plus petite manifestation de la vie sociale étant passée au crible d'une critique dont les éléments sont aprioriquement déterminés.

En général, on envisage des situations d'ensemble.

Dans le droit ouvrier, on a un bel exemple de la prépondérance du subjectif sur l'objectif. C'est ce qui explique la grande quantité des obligations légales dans la partie réglementaire du Code du Travail.

Toute la législation ouvrière est dominée par l'idée de « protection ». C'est l'acte qu'impose le sentiment de pitié, inspiré par le faible. Le faible c'est l'ouvrier.

Lorsqu'on examinera au chapitre suivant la personnalité, on fera ressortir que l'existence d'une grande quantité de règles de Droit établissant des obligations légales est un indice de non spontanéité du Droit ; et que celle-ci ne se produit que parce

qu'on a permis aux sentiments de solliciter les faits. Ceux-ci ne peuvent plus présenter des traits nettement marqués, pour établir les limites nécessaires aux constructions juridiques qui permettent au Droit de tirer sa substance de son propre fond.

Et la prédominance du facteur subjectif, en donnant naissance à de nombreuses obligations légales, enchaîne les activités, détruit leur liberté, au lieu de créer les conditions de celle-ci.

Expression et concrétisation du concept pur.

III. — Le moyen naturel d'exprimer le concept pur, ne peut être que la loi. Et ce n'est pas étonnant, du moment qu'on se trouve dans un domaine repressif. Il faudra savoir avec la plus grande certitude ce qui est permis et ce qui ne l'est pas.

Quelquefois, la naissance des concepts purs pourra se faire en dehors de l'élaboration de la loi. Celle-ci ne procédera pas directement à leur édification. Elle trouvera des indications dans certaines manifestations de la vie sociale, qu'elle ne fera que reproduire.

Dans les rapports juridiques entre individus, il se pourra qu'ils prévoient eux-mêmes comment doit être réprimé une déviation éventuelle des suites normales de leur engagement. Ces clauses n'auront force de loi qu'entre les parties qui les ont acceptées. Leur répétition fréquente engagera le législateur à leur donner l'hospitalité de la loi, soit sous forme impérative, soit sous forme supplétive. Dans cette hypothèse, l'attitude du Droit envers ces manifestations de la vie sociale, sera la même qu'en matière institutionnelle, avec tous les avantages qu'elle comporte.

Il y a encore une raison pour que la place des concepts purs soit dans la loi.

Ihering disait que le passage de l'état coutumier à l'état légal a eu comme conséquence l'élimination du sentiment de la vie juridique. La coutume, disait-il « c'est la substance morale à

l'état fluide, le chaos dans lequel les éléments du monde moral flottent encore mélangés ensemble et dont les entités et les espèces ne se désagrègent que très insensiblement. Une excitation extérieure peut pousser la masse fluide tantôt du côté du Droit tantôt du côté de la morale ».

Quand il s'agit des institutions, cet aspect des choses dans la phase coutumière, peut être fortement atténué.

En considérant l'institution en dehors de la loi, comme nous l'avons fait lorsque nous nous sommes occupé d'elle, on a mis en évidence un de ses caractères qui consistait en ce que ce sont des états de faits qui ne gravitent pas autour d'éléments subjectifs.

La contribution spécifique du Droit, quand la loi a accepté les institutions dans son sein, n'a pas été considérable, du moment que chaque institution formait un tout, qui envisagé dans son ensemble, était presque complètement exempt d'éléments subjectifs.

La loi n'a fait qu'indiquer quels sont les exemples de faits qui doivent recevoir la consécration juridique. Les limites de ces ensembles étaient déjà saisissables antérieurement. Elle n'a fait que les consacrer.

Il y avait des ensembles qui n'étaient que la concrétisation d'un sentiment. Ceux-ci la loi les a ignorés.

Il y en avait d'autres qui ne l'étaient pas.

Ceux-ci la loi les a acceptés.

Dans le domaine des concepts purs, le sentiment était plus intimement mêlé aux manifestations de la vie sociale. La loi avait donc une tâche plus difficile à remplir. C'était à elle d'établir les limites en deçà desquels un sentiment devait être pris en considération. Ces limites n'étaient plus saisissables dans la réalité de la vie sociale. Il aurait pu se produire ce phénomène d'oscillation que signale Ihering, la masse du Droit et de la morale mélangés, étant poussée tantôt du côté du Droit, tantôt du côté de la morale.

La loi a établi les faits qui doivent être envisagés comme

une atteinte à certains sentiments. En poussant ainsi au premier plan ce qui est objectif, elle a par cela même entravé toute extension qu'aurait commandé la contemplation exclusive du facteur subjectif.

Ce n'est pas pour justifier le passage de la phase coutumière à la phase légale qu'on vient de faire ces considérations.

Nous pensons au rôle de la jurisprudence dans l'élaboration de nouveaux concepts. Nous estimons qu'elle doit être très prudente et que l'intervention du législateur est préférable. Tant que les anciennes constructions suffisent à résoudre les cas qui se présentent, on peut se passer de cette intervention. Mais quand il faudra recourir à un autre principe pour faire face aux nouveaux besoins et quand ce principe lui-même n'est qu'un certain aspect d'un sentiment quelconque, le moment est arrivé où le législateur doit agir.

Si la jurisprudence était seule à satisfaire les nouveaux besoins, on se rapprocherait insensiblement de la phase coutumière. Car la jurisprudence étant obligée de quitter les anciennes limites que la loi traçait à l'emploi de certains sentiments, ne peut plus tenir compte que de ces sentiments, ce qui amènerait un renversement de la situation, résultant du fait que sur le premier plan apparaissent maintenant des facteurs subjectifs. On reviendrait ainsi au règne du sentiment dans le Droit, que la loi avait justement pour but de détruire.

La loi et la jurisprudence doivent donc se départager ainsi leur rôle :

La consécration de nouveaux concepts doit être l'œuvre de la loi. C'est de cette façon que se sont passé les choses quand il a fallu introduire dans le Droit le principe de la responsabilité objective. C'est par une loi, celle du 9 avril 1898 qu'il a été consacré.

La jurisprudence devra employer ses ressources à résoudre les cas particuliers qui rentrent dans des catégories juridiques déjà admises. Elle pourra quelquefois aboutir à des concepts qui peuvent paraître tout à fait nouveaux, mais qui en réalité

ne sont qu'une extension hardie des anciens. C'est ainsi que l'abus du Droit a été l'œuvre de la jurisprudence. Il n'est que l'extension du principe de la responsabilité *subjective* qui se trouve dans l'article 1382.

Ces interprétations hardies en matière du concept pur sont facilitées parce que la plupart des fois, la loi ne pose que le principe de ceux-ci ? C'est ainsi qu'elle procède avec la faute délictuelle (article 1382).

L'action Paulienne n'est contenu que dans un alinéa de l'article 1167.

En ce qui concerne le concept d'enrichissement injuste la loi ne fait qu'une application de détail, à propos du paiement de l'indu (art. 1376 à 1381). Mais c'est justement parce que le paiement de l'indu n'est qu'une application de l'enrichissement injuste que son extension a été possible. Le principe était trop apparent pour qu'on ne procédât à son exploitation complète.

A cette occasion, on saisi ce que nous indiquions au-dessus, que c'est seulement par l'invocation d'un sentiment qu'on peut construire un nouveau concept pur. Si dans ce cas il ne peut pas y avoir de trop grands inconvénients, c'est parce que cette invocation d'un sentiment n'aboutit qu'à une répression. Le sentiment a épuisé ses effets, une fois cette répression terminée. C'est ce qui fera, que même en ce qui concerne les concepts purs, la présence d'éléments subjectifs ne présentera pas les dangers qui pourraient se dévoiler, lorsqu'en vertu d'un sentiment on procède à la création de nouvelles situations ou à l'imposition de certaines actions. Ceci constitue la caractéristique des véritables obligations légales...

Le concept pur est formellement une obligation légale. Il vise à réparer certains agissements dommageables, qui sont condamnables aussi du point de vue moral. L'obligation de réparer que la loi contient est intimement liée à celle que postule la morale, à propos de ces agissements, qui sont nettement caractérisés et individualisés *et qui se sont déjà produits*.

C'est pour cette raison que nous sommes enclins à ne pas situer les concepts purs parmi les véritables obligations légales. Celles-ci servent à redresser une situation de laquelle personne n'est responsable *et qui pourrait se produire*. La grande quantité d'obligations légales que contient le Droit industriel s'applique à empêcher les conséquences dommageables du régime industriel. Les ouvriers seraient dans une situation inférieure par rapport aux patrons, si la loi n'intervenait pas. Mais les patrons ne sont pas responsables de cette infériorité. Ils ne font rien pour la créer. La loi par conséquent n'a rien à réprimer. L'activité des patrons n'est que la conséquence de cette infériorité. C'est celle-ci que la loi, dans les obligations légales cherche à corriger de façon à ce que l'infériorité des ouvriers soit moins sensible. Ce n'est pas cette infériorité même qu'elle cherche à effacer.

L'existence d'obligations légales, entendues ainsi qu'on vient de le voir suppose l'existence d'un état d'infériorité.

Les obligations légales ne corrigent que les effets de cette infériorité et non ses causes.

On vient de faire une assez longue digression pour indiquer brièvement la véritable nature des obligations légales.

Revenons donc à la tâche de la jurisprudence. Celle-ci sera facilitée, si la matière qu'elle doit interpréter permet l'édification de constructions juridiques. Les textes qui servent à ceci acquièrent alors « une puissance indéfinie de révélation du Droit ». En procédant ainsi par l'emploi de constructions juridiques le Droit tire sa substance de son propre fond.

Pour qu'une construction juridique soit possible, il doit exister quelque part un principe de limitation. Car tous les cas particuliers qui sont à résoudre, doivent rentrer à l'intérieur des limites de la construction où domine l'esprit du concept. Où donc rencontre-t-on originairement ces limites ?

C'est dans les faits même qui servent à l'édification des concepts purs. Et ces faits sont au premier plan. Ils peuvent être aisément saisis, parce qu'ils se délimitent d'eux-mêmes. Cette délimitation existe dans l'espace et dans le temps. Cette

limitation n'est possible que parce que les manifestations qui justifièrent la construction des concepts purs sont sporadiques, discontinues.

Le danger de ne pouvoir faire de solides constructions juridiques aurait pu provenir de ce que dans l'élaboration du concept pur, on fait un plus grand usage des éléments subjectifs. C'est de ceux-ci que le concept tire sa substance. Lui-même n'est qu'une qualification morale. Mais la façon dont on use du facteur subjectif est toute spéciale. Ce sont les faits qui le sollicitent.

S'agissant de choses objectives, le principe de limitation qu'elles contiennent passe dans la loi et dans toutes les opérations de l'esprit qu'on accomplit à leur sujet.

C'est la limitation qu'on rencontre dans tout ce qui est objectif, qui est-ce qui importe le plus, et non la manière dont la loi a reproduit cet objectif. Car en manière de concept pur, la loi ne s'intéresse à l'objectif qu'en le transposant à l'aide d'une appréciation morale. Par conséquent dans l'établissement d'un concept pur, restreint à un cas unique, il existera quand même un principe non plus de limitation, mais de développement indéfini.

On l'a vu à propos de l'enrichissement injuste dont la loi ne prévoyait qu'un cas, celui du paiement de l'indu. On s'est servi de la règle morale qui inspirait ce concept, pour en construire un autre d'une plus grande envergure et avec un aspect de généralité. Et si dans ce cas l'invocation d'un sentiment ne présentait pas de graves inconvénients, surtout des dangers d'arbitraire, la cause doit être recherchée dans le fait qu'on procédait de façon répressive. On considérait un état de fait qui se crée par lui-même et qu'il fallait seulement anéantir. Les limites se traçaient par la force des choses. En premier lieu, c'est toujours la réalité objective qui a fourni les premières possibilités de saisir les contours précis des futures constructions juridiques.

Voilà donc comment dans son interprétation, la jurispru-

dence peut agir sans encourir le reproche d'arbitraire, en respectant la condition que le Droit tire sa substance de son propre fond.

Le rôle de concrétisation complète, c'est-à-dire la possibilité pour le juge de tenir compte de toutes les circonstances de la cause, est également facilitée. C'est surtout dans le domaine des concepts purs que cette concrétisation importe.

Dans la faute délictuelle, dans l'abus de Droit, dans l'enrichissement injuste, le juge peut apprécier librement tous les états de faits.

C'est quand il existe des présomptions de faute, que cette liberté est restreinte. On en a donné des exemples lorsqu'à propos des institutions, on a parlé de l'abstrait et du concept dans le Droit, on ne fait ici qu'indiquer ce qui est relatif au concept pur.

A propos du concept de risque professionnel, on faisait ressortir d'après M. Rouast, que la part de l'abstrait était en augmentation par la restriction des pouvoirs du juge. Il ne pouvait plus considérer librement toutes les circonstances de la cause. En donnant son opinion sur cette nouvelle construction législative, M. Rouast y voyait un recul, dû à l'amoindrissement du concept.

Voyons un peu comment, tout en subsistant sous la même forme, ce concept aurait vu son caractère abstrait annihilé par un autre mode de formation que celui qui le produisit.

C'est la loi, qui en considérant le nouvel état de choses dû au machinisme, et la répercussion de celui-ci en matière d'accidents de travail, élaborait directement le concept de risque professionnel, application de la responsabilité objective, dont le principe était impossible à trouver dans le Code Civil.

On peut se demander s'il ne pouvait exister un autre mode de formation de ce concept.

Le risque professionnel se réfère à des manifestations qui peuvent se produire à l'occasion du contrat de travail. Elles sont une suite possible des obligations de l'ouvrier et du patron.

Par la manière dont se fait le travail dans l'industrie moderne, on peut toujours s'attendre à des accidents. Tant que la loi du 9 avril 1898 ne serait pas intervenue, le patron n'aurait consenti à dédommager les ouvriers victimes des accidents de travail, que conformément à l'article 1382.

Imaginons maintenant, parce qu'à partir de ce moment nous entrons dans le domaine des hypothèses, qu'au moment où l'insuffisance de l'article 1382 devenait manifeste et brutal, il aurait existé une forte organisation corporative des ouvriers et les instruments nécessaires à l'activité juridique des diverses corporations. Les ouvriers pouvaient lutter à armes égales avec les patrons isolés ou organisés eux aussi corporativement.

Les conventions collectives de travail admirablement mises au point (on est dans le domaine de l'hypothèse ne l'oublions pas) devant la difficulté de prouver la faute du patron en cas d'accident du travail, ou devant la facilité de disculpation du patron (si on avait admis la responsabilité du fait des choses) aurait cherché à résoudre équitablement la nouvelle situation. La chose n'était pas impossible du moment que la force des parties était égale. Après des tâtonnements, on serait parvenu à prévoir dans les clauses de la convention collective de travail exactement ce que prévoit la loi du 5 avril 1898. La jurisprudence se trouvant devant la manifestation d'une nouvelle sorte de liberté contractuelle, aurait dû se comporter comme dans le cas de l'interprétation d'une convention, c'est-à-dire de chercher ce que les parties ont voulu. Or ici la volonté des parties n'était pas équivoque. La jurisprudence, dans le cas où on aurait attaqué une convention collective prévoyant le risque professionnel, devait donc consacrer la volonté des parties clairement exprimée. Elle pouvait adopter une attitude plus hardie, parce qu'elle se trouvait devant une manifestation normale de la vie sociale et non devant une anormalité de celle-ci, qu'elle devait réprimer en invoquant un principe subjectif.

La jurisprudence, dans le cas présent, procède exactement

comme en matière institutionnelle. Elle accepte ce qui se crée en dehors d'elle.

La loi, si elle avait voulu consacrer ce nouveau moyen de régler une anormalité de la vie sociale, aurait toujours agi de façon institutionnelle en recueillant telle quelle dans son sein une manifestation de la vie sociale.

Nous avons considéré la clause contractuelle comme une action. Au moment où les deux parties concluent la convention, il se produit une coïncidence entre la naissance de la règle obligatoire (clause contractuelle) et le commencement de l'action économique, qui cherche par l'emploi du contrat des possibilités de contrainte matérielle. Quelle que soit la rédaction de la clause contractuelle, du moment qu'elle est l'action même, elle possède un caractère concret. Et le juge ne pourra l'interpréter que concrètement, parce qu'il devra tenir compte de la volonté des parties qui ont organisé l'action.

Or, dans le risque professionnel, ainsi qu'il se présente actuellement avec une formation légale directe, quelle est la cause de son aspect abstrait. Cette cause consiste dans l'impossibilité où se trouve le juge de tenir compte de toutes les circonstances de la cause, tant dans l'appréciation des dommages que de la conduite de l'ouvrier et du patron.

Voilà comment une même construction juridique, le risque professionnel, par le changement de son mode de formation, a vu son caractère abstrait disparaître pour faire place à un caractère concret.

Et au surplus, la jurisprudence et la loi ont pu adopter une attitude institutionnelle, avec tous les avantages que celle-ci comporte.

On a vu que ce qui a rendu possible ce processus, a été l'existence de corporations fortement constituées, de groupement que nous englobons sous le nom de personnalité, sans attacher à ce terme que la valeur d'un moyen de technique juridique, susceptible de donner une explication commode et d'ensemble de toute une série de manifestations et de solutions.

CHAPITRE V

LA PERSONNALITÉ OU L'INSTITUTION PERSONNE

Les éléments de sa réalité.

I. — Comment allons-nous définir la Personnalité ou l'Institution personne ? Nous chercherons à éviter de tomber dans la sphère des discussions portant sur les aspects encore incertains de sa physionomie.

En nous plaçant du point de vue de cette étude, on peut considérer la personnalité comme un ensemble d'intérêts qui sont gérés par un organe qui les représentent, et dont l'unique raison d'être est cette fonction.

On reconnaît qu'une personnalité est arrivée au point d'achèvement, quand elle a trouvé le meilleur organe représentatif de sa volonté autonome, volonté qui sert à la satisfaction de ses intérêts distincts de celui de ses membres.

Il se peut qu'un ensemble d'intérêts existe et n'arrive pas à se forger l'organe qui puisse pourvoir à leur gérance. C'est un état embryonnaire qui existe alors dans la vie sociale et dont la continuation n'est pas sans inconvénients.

L'enfant, l'aliéné, le faible d'esprit, voilà des ensembles d'intérêts qui ne possèdent pas un parfait organe représentatif. Jamais d'ailleurs, tant que ces états subsisteront, ces trois catégories d'individus n'arriveront à l'avoir. Même quand on les pourvoit les deux premiers de tuteurs, et le troisième de conseil judiciaire, on n'a pas abouti à la création d'une véritable personnalité. S'agissant d'individus physiques, c'est dans ceux-

ci que doit exister l'organe représentatif et non leur être extérieur. Dans les exemples choisis plus haut, c'est une volonté subjective et raisonnable, qui leur manque pour être de véritables personnes, et aucune autre volonté subjective et raisonnable s'occupant des intérêts de ces trois catégories d'individus, ne pourra faire surgir à propos d'eux une nouvelle personne.

Nous nous occuperons dans ce chapitre seulement des personnes collectives. En continuant dans le même ordre d'idées, il arrivera que des intérêts collectifs ne puissent eux aussi trouver l'organe les représentant et les satisfaisant le mieux.

On peut délimiter avec une grande exactitude une zone d'intérêts qui réclame la création d'un organe indépendant et s'inspirant dans ses agissements seulement par la considération de ces intérêts. Pourtant, il existe quelquefois des forces qui s'opposent à cette création, ce qui aura comme résultat que l'ensemble d'intérêts resté découronné sera géré indirectement par l'intervention, par l'intrusion peut-on même ajouter, d'un pouvoir qui lui est supérieur mais qui est néanmoins étranger.

Avant d'entrer dans les détails et pour que cela soit possible, il faudra expliquer les deux termes de notre définition.

On a parlé d'un ensemble d'intérêts.

On a ajouté qu'ils sont gérés par un organe qui les représentent et dont l'unique raison d'être est cette fonction.

L'ensemble d'intérêts existant à l'état latent et concrétisé par l'existence de certains individus et par leur agissement, ou par une expression de la volonté d'une personne dans un acte à titre gratuit, créant une fondation, constitue l'individualité de la personnalité. M. Hauriou (1) discerne dans la personnalité trois éléments :

1^o L'individu.

2^o La vie subjective.

3^o La raison.

1. Hauriou, *La personnalité comme élément de réalité sociale*. *Revue générale de droit*, p. 5, 1898.

L'individu est la matérialité de la personnalité, ce qui est saisissable par la perception et la représentation du concret.

L'individu est le substratum qui servira à la création de cet être demi-matériel et demi-psychique qu'est la personnalité.

Le signe distinctif de celle-ci c'est la raison. Il ne suffit pas d'avoir une volonté subjective. M. Haurion donne lui-même des exemples d'individu : un caillou est un individu, il n'a ni vie subjective, ni raison. Mais un chien est aussi un individu, bien qu'on puisse dire qu'il a une vie subjective, mais celle-ci n'est pas raisonnable.

L'individualité d'une personnalité n'est que la concrétisation de l'ensemble d'intérêts, parce que du point de vue juridique seulement les intérêts doivent être envisagés. C'est pour cette raison que l'individualité d'un caillou n'intéresse pas.

Comment se créent les individualités qui seront susceptible d'être munies d'une vie subjective et raisonnable, en un mot de devenir des personnes ? C'est par la force des choses, par l'évolution sociale et économique que les divers ensembles d'intérêts apparaissent.

Ce qui nous intéresse ici, c'est qu'on peut faire néanmoins une distinction entre les individualités, basé sur leur mode de formation.

Il reste établi, ainsi qu'on vient de le dire, que c'est par la force des choses, par l'évolution sociale et économique que les divers ensembles d'intérêts apparaissent.

Mais la volonté des hommes n'y est pas pour cela absente toujours. Il faut pour que certains ensembles d'intérêts voient le jour, un acte volontaire et conscient.

Ainsi la création d'une société civile ou de commerce, d'une association ou d'une fondation, bien que leur création soit déterminée par des besoins impérieux, chacune de ces catégories ayant son utilité, n'en nécessite pas moins un acte volontaire et conscient, non seulement pour créer la personnalité complète, mais aussi pour donner naissance à son substratum, à son individualité. La zone d'intérêts s'est délimitée par la détermi-

nation du but qui doit être poursuivi et des personnes qui forment la collectivité. Entre les personnes qui ont pris l'initiative de la création d'une nouvelle personne, il n'existait auparavant aucun lien. Pas d'intérêts qui les rapprochât l'une de l'autre.

Il est juste de reconnaître que pour les catégories qu'on vient de citer, l'obtention de la personnalité morale est si aisée, qu'elle se confond avec le moment où apparaît aussi leur individualité. Mais la différence apparaît déjà pour la fondation entre les deux moments de la création de l'individualité et de sa personnification.

Quand le fondateur veut créer de son vivant une fondation, par exemple un hôpital, un institut scientifique ou artistique, en leur consacrant une partie de ses biens, tous ces établissements ne sortiront pas de son patrimoine, tant qu'il n'a pas réussi à obtenir la reconnaissance d'utilité publique qui leur permettra d'avoir la personnalité juridique. Il s'écoulera peut-être un temps assez long entre le moment où son geste de bienfaisance aura été accompli et par conséquent l'ensemble d'intérêts créés, l'individualité constituée, et la personnalité obtenue.

Quand il s'agit d'une fondation faite par legs, donc par voie testamentaire, le Conseil d'Etat admet qu'elle soit adressée directement au profit de l'œuvre à fonder, en attendant que la reconnaissance d'utilité publique vienne par la suite sanctionner l'institution qu'avait projeté le testateur.

De ces deux exemples il ressort clairement comment se forme l'individualité d'une personnalité avant qu'elle soit douée d'organe indépendant dans le premier cas, organe qui représenterait l'ensemble d'intérêts, et avant que ces organes puissent agir dans le second cas.

Nous sommes dans les catégories d'individualités qui se créent par un acte conscient et volontaire. Pour que l'ensemble d'intérêts qui constituent la fondation apparaisse, il faut l'activité réfléchie du bienfaiteur.

Où peut-on trouver des individualités se créant par la force

des choses et n'impliquant à aucun moment l'intervention consciente des hommes ?

Dans le Droit Public, on en trouve les plus nombreuses.

Nation, région ou province et commune sont des individualités qui ne demandent pas un acte conscient ayant comme but leur création.

Il existe des nations qui sont restées à l'état de simple individualité, qui n'ont pas pris conscience d'elles mêmes en se donnant les organes de conduite les plus représentatifs.

Toutes les nations qui sont colonisées se trouvent dans cet état de simple individualité et non pas de personnalité.

Dans la même situation se trouvent les peuples qui sont englobés par grandes masses dans un Etat d'une nationalité autre que la leur.

Dans le Droit privé, on a un exemple célèbre de la préexistence d'une individualité à sa personnification, dans l'institution de l'esclavage. L'esclave n'était pas une personne, il était seulement un individu. C'est ainsi qu'il était considéré par le Droit Romain. Et de fait, c'est ainsi que se passaient les choses. Si le malheureux qui était tombé en esclavage possédait une volonté subjective et raisonnable, il ne pouvait s'en servir que dans un rayon très limité, étant empêché par la force d'user d'elle librement et largement. Le Droit ne faisait que refléter les mœurs de l'époque.

L'enfant et l'aliéné ne peuvent être considérés non plus comme des personnes parfaites. Ils se présentent en premier lieu comme des individualités qu'on s'efforce par des moyens appropriés de faire agir normalement.

Mais si on veut trouver dans le Droit privé des individualités créées par la force des choses et d'un intérêt plus palpitant, c'est du côté du Droit ouvrier qu'il faut se retourner et d'une manière générale du côté de la vie professionnelle.

Dans ce domaine il se forme des compartimentations qui ne sont pas rigoureuses, mais qui sont néanmoins facilement discernables. Chaque profession, chaque métier, constitue une in-

dividualité qui s'est créée en dehors de toute action ayant comme but précis cette constitution même.

Il est hors conteste qu'on peut considérer les diverses professions comme des individualités. Toute l'évolution des dernières années tend vers une autonomie de plus en plus large des professions.

On ne referra pas ici l'histoire des corporations du moyen âge, de leur indépendance, de leur franchisé comme on disait alors.

En ce qui concerne les temps modernes, les indices non seulement d'une individualisation, mais même de la personnification des différentes professions sont de plus en plus significatifs et nombreux.

Dans un livre connu, M. Paul Boncour traçait un tableau de l'Etat vers lequel en évolue et qu'il dénommait : Fédéralisme économique, en donnant le même titre à son livre.

On ne peut pas indiquer les limites exactes de chaque profession et la classification complète de celle-ci.

Une fois le principe de la liberté d'association professionnelle admis, les individualités se préciseront d'une manière plus ou moins spontanée en vue de leur personnification. La loi trace tout au plus de larges cadres dans lesquels elles pourront se caser.

En France, la loi du 21 mars 1884 n'exige que deux conditions pour faire partie d'un syndicat ;

1^o Il faut exercer une profession.

2^o Il faut que tous les membres exercent la même profession, des professions similaires ou des professions connexes, concourant à l'établissement de produits déterminés.

Il n'existe pas d'autre condition déterminant le nombre et le domicile des membres. Leur nombre peut être illimité. Un syndicat peut recruter ses adhérents sur tout le territoire et non seulement dans la ville où il a son siège.

En ce qui concerne l'union des syndicats entre eux, l'article 6 consacre la liberté des unions.

En France, les syndicats se sont groupés en fédérations qui regroupent des syndicats du même métier, et en bourses de travail englobent tous les syndicats ouvriers d'une même ville quelque soit la profession qu'ils représentent.

On fera seulement remarquer à propos des syndicats ouvriers, que s'ils peuvent être considérés comme représentant d'une individualité donnée, ils s'incorporent néanmoins dans un autre ensemble qui est la corporation. Celle-ci représente à son tour la profession entière, ouvriers et patrons et non seulement une fraction, c'est-à-dire les ouvriers.

On peut choisir un nombre infini d'exemples pour démontrer l'existence d'individualité professionnelle douée d'une autonomie ou moins large.

On pourrait de même citer tous les auteurs qui préconisent une complète liberté d'auto-réglementation des divers « métiers ».

Cette réforme est d'ailleurs liée à l'existence de certaines conditions politiques dans l'examen desquelles nous n'entrerons pas.

Ce que nous avons voulu établir c'est l'existence de diverses individualités dans le corps social. Quand il s'agit des éléments d'une personnalité, c'est le plus facile à discerner, parce que c'est quelque chose de matériel facile à percevoir.

La loi ne pourra jamais s'occuper d'une individualité et la douer de personnalité, tant que dans la réalité sociale il ne s'est pas constitué une vie subjective et raisonnable représentatif de cette individualité. Car la loi ne pourra jamais créer ces deux éléments. Quand par la force des choses et par le progrès des idées une individualité s'est munie d'une vie subjective et raisonnable elle peut être considérée comme une personnalité qui a une existence réelle.

D'après M. Hauriou (1) la vie subjective et raisonnable, représentative d'une individualité, doit se grouper autour de ces trois idées fondamentales.

1. Hauriou, *La théorie de l'institution et de la fondation* dans le n° 4, des *Cahiers de la nouvelle Journée*, 1925, p. 11.

1^o Idée de l'œuvre à réaliser.

2^o Création d'un pouvoir organisé pour la réalisation de l'idée.

3^o Une idée de communion qui doit se concrétiser par certaines manifestations.

Le deuxième point est aussi une concrétisation, celle d'un sentiment de dépendance et de subordination.

La réalité de la personnalité devient de plus en plus évidente lorsque d'après M. Hauriou (1) « La volition maîtresse est fidèlement et réellement reproduite dans la volonté de tous ». Alors, il arrive que « l'être collectif est considéré comme contenant en son individualité un certain système de forces intérieures ces forces sont des volontés humaines, mais des volontés qui se placent au point de vue de la vie subjective de l'établissement, elles s'équilibrent d'une façon instable d'ailleurs, et réalisent une certaine unité de tension. C'est cette unité de tension intérieure, fait social incontestable qui donne à la personnalité morale une réalité sociale spontanée. En effet, d'une part, la personnalité morale est voulue par toutes les volontés tendues et d'autre part, ses conditions d'existence sont assurées, puisque par le jeu des forces intérieures, il se dégage toujours une volition maîtresse et que grâce à l'efficacité dynamique de la représentation, cette volition s'exécute identique à elle-même. Il y a dès lors le support des droits, aussi bien que celui de la jouissance des droits.

Nous croyons que c'est en effet la reproduction de la volition maîtresse de la volonté de tous, qui permet à une individualité douée de certains organes d'être considérée comme une personnalité ayant une existence réelle. Ceci nous permet de faire une remarque en ce qui concerne les corporations.

Une corporation englobe toutes les catégories (2) sociales et

1. Hauriou, *De la personnalité comme élément de réalité sociale. Revue générale de Droit*, 1898, p. 135 et 138-140.

2. Voir à ce sujet Jacques Valdour, *La doctrine corporative*. Paris, Rousseau, 1829.

économiques s'adonnant au même métier. Patrons, ouvriers contremaître et ingénieurs sont compris dans la même corporation s'ils exercent le même métier. Chacune de ces catégories aura son syndicat particulier. Par conséquent, tant qu'il n'existera pas un état d'esprit qui permettra aux diverses classes énumérées de se considérer comme des parties d'un tout, la réalité de la corporation n'existera pas. Tout au plus peut-on dire qu'il existe une individualité constituée par l'ensemble des intérêts se référant aux métiers.

Mais actuellement, peut-on dire qu'il existe cet état d'esprit seul capable d'opérer une intégration de tous les éléments d'une même branche de production ?

Il ne semble pas.

Les doctrines qui prêchent la lutte des classes et opposent les ouvriers aux patrons, tant qu'elles exerceront leur empire, ne permettront jamais qu'il se dégage une « volition maîtresse » représentative des intérêts corporatifs et qui reproduite fidèlement et exactement dans la volonté de tous, fasse de cette corporation un élément de réalité sociale.

Nous avons essayé dans ce qui a été dit plus haut de montrer quels sont les deux éléments qui composent la personnalité.

L'une, l'individualité a une existence matérielle, l'autre, la volonté subjective et raisonnable a une existence immatérielle, psychologique mais qui se concrétise dans certains organes, servant à la réaliser.

Que ce soit un élément psychologique ou un élément matériel, les deux ont une existence réelle. En ce qui concerne l'individualité, il suffit de quelque discernement dans la contemplation des phénomènes sociaux pour s'en convaincre. La volonté subjective et raisonnable devient un élément de la réalité sociale lorsqu'elle satisfait les conditions qu'on vient d'indiquer, et c'est seulement alors qu'elle mérite son nom, c'est-à-dire d'être considérée comme l'émanation d'un sujet, ne reflétant dans ses manifestations aucune influence étrangère.

Si l'on s'est efforcé de faire ressortir le caractère de réalité de la personnalité, c'est parceque nous voulons montrer que le Droit doit adopter envers elle la même attitude qu'envers les autres réalités de la vie sociale, qui sont acceptées tel quel par lui. Acceptée tel quel, disons-nous parce que la formation d'une personnalité est un phénomène *normal* de l'activité sociale et non anormal. Ce n'est que dans leur décrépitude que les diverses personnalités, les diverses institutions personnes peuvent devenir des anormalités. Et même alors, ce sont plutôt des anachronismes, que des monstruosités.

La loi adoptera donc une attitude institutionnelle envers les diverses individualité qui existent dans le corps social. Sa contribution consistera en leur reconnaissance comme personne juridique. Mais même celle-ci ne servira à rien, si dans la réalité des choses il ne se produit pas le processus de dégagement d'une volition maîtresse à laquelle tous se soumettent. Si ceci n'arrive pas, les diverses personnalités que la loi créera resteront des formes inemployées.

Tout ce que nous avons dit de l'institution et de la manière dont le Droit se comporte vis-à-vis d'elle est vrai aussi pour la personnalité.

La création d'une personnalité est le couronnement d'une forme d'activité normale. Quelquefois ces activités ont pour but même la création de la personnalité ou tout au moins elles déterminent son individualité. D'autre fois, ce n'est pas la création de la personnalité ou la détermination de son individualité qu'ont pour but les activités libres et normales.

Le premier cas se présente lorsqu'on se trouve en présence d'individualités qui sont le résultat d'un acte conscient et volontaire. Nous disons que dans cette catégorie peuvent être placé les sociétés civiles et commerciales, les associations et les fondations.

Le second cas se rencontre lorsque les individualités pré-existent à tout acte conscient et volontaire ayant pour but leur création.

C'est le cas des professions, qui constituent chacune une individualité à qui la personnification permettrait d'agir spontanément, c'est-à-dire comme le disait Ihering « de posséder la « force de se déterminer par elle-même et d'écarter les influences « étrangères en tant que celles-ci ne répondent pas à leur propre « conviction et au but qu'elles se proposent d'atteindre.

On doit se demander maintenant pourquoi nous avons départagé les individualités qui existent dans le corps social, en deux catégories, et pourquoi nous sommes plusieurs fois revenu sur cette distinction.

En effet on peut se demander ce qu'il arrive... quand les individualités offrent une prise directe à l'action du législateur parce qu'un acte conscient n'est pas nécessaire pour les former, leur existence dépendant des complexités de la vie sociale. On disait que le domaine professionnel est plein de ces individualités.

Si la réglementation statutaire pouvait être imposée du dehors, dans les cas où les individualités préexistent à leur personnification, l'opération, extérieure à l'individualité, ne s'identifierait plus avec ses actions même. Même si on cherchait à considérer une règle ainsi posée comme un fait ayant un caractère concret, il reste néanmoins qu'étant étranger à l'individualité, celle-ci ne peut s'en saisir que par la représentation qu'elle s'en fait, partant par une opération abstraite afin d'accomplir des actes concrets. Mais ce n'est plus dans l'élément juridique que réside le concret, mais dans le fait matériel qui a été inspiré par lui.

C'est pour cette raison que nous considérons comme présentant une importance primordiale l'existence de personnalité morale, pour régler par des règles statutaires le fonctionnement interne des individualités complexes.

Nous ne pouvons pas être de l'avis de M. Hauriou (1) quand il

1. Hauriou, *L'institution et le Droit statutaire*, p. 171, dans *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*.

considère comme superflu la personnalité morale pour cette fonction.

« La personnalité morale, dit-il, conception subjective, est
« pour la vie de relations entre des individualités qui puissent
« être considérées l'une par rapport à l'autre comme des parties
« dans les opérations du commerce juridique. Voilà son domaine
« et il convient de n'en point sortir.

« Dans tout ce qui est rapport de sujétion, rapport de domina-
« tion, voie d'autorité partout où les individualités en présence
« au lieu d'être des parties sont des organes ou des sujets, la
« personnalité subjective n'a que faire, il y a des situations qui
« se créent, des fonctions qui s'organisent, des statuts qui en
« résultent, pour les individus et voilà tout. »

Ce qui vient d'être dit a plutôt l'air de se référer au Droit public, et les idées exprimées pourraient être justes pour ce domaine. Mais il ne faut pas oublier qu'entre le Droit privé et le Droit public, il existe un terrain intermédiaire qui présente des aspects de l'un et de l'autre. C'est le domaine du Droit professionnel et en particulier celui du Droit industriel. Sans nous occuper de ce qui rendrait valable les idées énoncées plus haut pour le Droit public, on se demandera quelle influence elles peuvent avoir dans le domaine du Droit industriel. Cette influence consiste en ce que leurs adoptions forcent à s'arrêter à mi-chemin. Nier l'utilité de la personnalité morale dans les domaines où l'individu apparaît comme un organe, et par conséquent étant dans un rapport de sujétion, c'est se contenter de reconnaître qu'il existe une situation spéciale, qu'on peut nommer situation institutionnelle, mais rien que cela. Ce n'est pas répondre qu'elles sont les meilleures institutions que cette situation implique. La plupart des fois, c'est même aboutir à la non création de nouvelles institutions.

On ne peut nier que dans le Droit professionnel, il existe des situations institutionnelles et partant de sujétion, la seule liberté qui existe étant celle d'adopter ou non un état, et encore...

Or, l'opinion plus haut exposée est indifférente à la source

d'où proviendrait les règles statutaires. Si on ne délimite pas par la création d'une volonté subjective cette source, les règles statutaires peuvent être tout aussi bien le produit de l'autorité centrale de l'Etat, que celui d'organe propre à l'individualité, mais n'agissant que fragmentairement, occasionnellement, en un mot anarchiquement. Mais dans le premier cas, des objections qu'on fera plus tard à l'imposition d'une règle obligatoire de l'extérieur se présenteront. Les trois termes expression, concrétisation et spontanéité du Droit, s'en ressentent défavorablement.

Dans le second cas, pourquoi ne pas aller jusqu'au bout et construire durablement ce qui n'est que sporadique ?

La personnification est donc tout aussi importante pour les relations externes que pour la réglementation interne. Elle est encore plus importante pour cette dernière fonction, dans les cas où les individualités préexistent, à tout acte conscient qui aurait pour but leur formation. Dans les sociétés civiles et commerciales et dans les associations, l'individualité n'existe pas, avant que plusieurs personnes aient pris l'initiative de les former, bien que ce premier mouvement n'implique pas toujours la création de la personnalité même. Dans ce cas donc, la part de l'initiative des particuliers étant décisive, il vient tout naturellement à l'esprit de leur laisser la plus grande liberté en ce qui concerne la réglementation interne ou la conduite des relations extérieures. La loi n'agira que pour défendre certaines choses, et rarement sous forme d'injonction positive, et quand ça arrive ce sera plutôt dans le domaine des formalités, de la publicité, par exemple.

Mais quand les individualités offrent une prise directe à l'action du législateur, parce qu'un acte conscient n'est pas nécessaire pour les former, leurs existences dépendant des complexités de la vie sociale ?

Le domaine professionnel est plein de ces individualités.

Il est donc facile de comprendre pourquoi l'action législative de l'Etat, connue sous le nom d'interventionisme s'est tellement développée dans le domaine industriel surtout.

Il suffit que tout dans la vie d'une nation tende vers l'Etatisme, pour que le domaine professionnel soit le premier entravé dans son développement spontané.

Permettre la constitution de société civile et commerciale ou d'association, et leur méconnaître le droit d'organiser juridiquement leur relation externe et interne serait un trop grand non sens. Mais ce non sens n'est plus possible du moment qu'il n'est pas nécessaire de reconnaître la liberté de créer des individualités, liberté qui serait détruite quand il s'agirait de l'organisation juridique de ceux-ci. Les individualités existant par la force des choses, il n'y a rien à détruire, mais tout au plus à empêcher.

D'après ce qu'on vient de dire, on voit la justification de la nécessité de distinguer deux catégories d'individualités.

C'est la facilité qu'offre une individualité pour la création de laquelle un acte volontaire et conscient n'est pas nécessaire, d'être réglementé par un pouvoir extérieur, qui nous a amené à distinguer.

Une autre conséquence s'attache aux différences que nous venons de signaler.

Envers les individualités qui nécessitent un acte conscient pour leur formation, la tâche du législateur et même de la jurisprudence est plus aisée et ressemble en tout point à celle que lui impose l'acceptation d'une institution-chose. Car ici les deux éléments sont absolument certains : l'individualité et l'élément psychique, c'est-à-dire la volonté subjective et raisonnable.

Dans une société civile et commerciale et dans une association, par le fait même qu'il a fallu un acte volontaire et conscient pour créer l'individualité, la volition maîtresse qui se dégagera peut être considérée comme fidèlement et réellement reproduite dans la volonté de tous. Il suffira à la loi, après avoir accepté le principe de ces sortes de personnalité, d'imposer certaines formalités pour leur constitution afin qu'il soit certain qu'une volition maîtresse s'est dégagée en ayant le consentement de toutes les autres et que l'individualité de la future personne

est clairement déterminée par la création d'un ensemble d'intérêts illustrés par l'idée de l'œuvre ou par le but en vue duquel a été créée cette personne.

Quand il s'agit d'individualités dont la création ne nécessite pas un acte conscient et volontaire, la tâche du législateur est plus malaisée et s'il continue à adopter une attitude institutionnelle, ce ne sera qu'en partie. Au moins dans l'acceptation stricte de ce terme.

On pourra toujours se rendre compte avec la plus grande certitude de l'existence de ces individualités.

La première difficulté, mais qui n'est pas grande, sera de discerner que chaque individualité est un ensemble d'intérêts qui demande satisfaction.

La seconde difficulté consiste à se rendre compte si la claire conscience de ces intérêts collectifs se trouve dans chaque membre de l'individualité collective.

C'est à ce moment que peut se produire une situation à laquelle nous avons fait allusion au commencement de ce chapitre.

Il se peut que l'existence de ces intérêts étant certaine et leur satisfaction absolument nécessaire, la conscience de ceux qui composent cet être collectif n'arrive pas à les concevoir.

Une volonté subjective, concrétisée par un organe représentatif de l'individualité ne pourra se dégager, ou si la loi l'impose ce sera une forme vide.

C'est à une volonté externe qu'incombera dans ces cas la réglementation de l'ensemble d'intérêts qui n'arrive pas à se personnifier ou dont il est impossible d'imposer la personnification, un des éléments de la personnalité ; le psychique, c'est-à-dire la vie subjective et raisonnable n'arrivant pas à avoir une existence réelle.

Dans le domaine professionnel ce sera l'autorité central de l'Etat qui pourvoiera à l'organisation juridique de ces individualités. On est alors dans un état d'interventionisme très prononcé.

La situation contraire peut aussi se présenter, qui aboutira toujours à l'interventionisme.

L'élément psychique pourra devenir une réalité, chaque membre de l'individualité, en l'espèce de la profession se rendant compte de la nécessité d'une auto-réglementation. Cette claire conscience des besoins communs, tend invinciblement à « dégager une volonté maîtresse » qui pourra se déterminer dans ses manifestations seulement par la considération de besoins communs, en écartant toute influence étrangère. Mais par le jeu des circonstances que nous ne voulons pas examiner, un grand nombre de forces contribueront à empêcher l'aboutissement logique de cette situation, et qui serait la reconnaissance, la reproduction par la loi de ce que la réalité sociale, c'est-à-dire la création de la personnalité.

Dans ce cas, c'est toujours par une large intervention de l'Etat que seront réglementées les diverses individualités qu'on ne veut pas personnifier.

On comprend donc pourquoi nous disions que la tâche du législateur est plus malaisée et plus compliquée dans le cas des individualités préexistantes. Il peut hésiter entre plusieurs solutions qui se rapporteront toutes au même ensemble d'intérêts. C'est seulement ceux-ci qui sont certains, ou plus exactement les individualités qui les concrétisent.

Ces solutions seront le résultat des idées sociales et politiques qui ont cours à cette heure. Il aura une certaine liberté de choix : reconnaître le principe de l'auto-réglementation ou pratiquer l'interventionisme sur une grande échelle.

Dans ce qui suivra nous ne nous occuperons que des individualités qui préexistent à tout acte volontaire et conscient.

On essaiera de voir comment se passe les choses du point de vue qui nous intéresse, l'orsqu'on reconnaît à ces individualités le droit d'auto-réglementation ou au contraire on ne leur reconnaît ce droit que d'une manière insuffisante en procédant le plus souvent par intervention législative.

Les exemples que nous donnerons ne seront pas une illus-

tration complète de ce que nous avancerons. Ils seront choisis plutôt pour la tendance qui est en eux, pour le principe qu'ils consacrent explicitement ou implicitement. Car dans un ensemble de législation, si on s'arrête aux détails, on peut découvrir tout aussi bien des indices d'auto-réglementation que des indices d'interventionisme législatif.

Nous appliquant dans cette étude de dégager des lignes générales, c'est à l'aspect des divers ensembles de législation qu'il faut se reporter et à la tendance de cet esprit. Nous saisissant de celui-ci, on peut poser le problème d'une façon toute théorique, indépendamment du fait qu'il se pose déjà dans la réalité de la vie sociale d'une manière ample et pressante ou qu'il pourrait se poser dans un avenir plus ou moins proche.

L'activité juridique de la personnalité.

II. — Si on s'était contenté de considérer la personnalité sous l'angle de l'institution seulement, avec en plus les quelques complications qu'on vient de faire ressortir à la fin de la section précédente, il n'aurait pas été nécessaire de lui consacrer un chapitre à part.

C'est toujours d'une forme d'activité normale qu'il serait question, que la loi chercherait à respecter dans ses grandes lignes, en ne procédant qu'à des aménagements de détails.

L'action se serait déroulée à l'intérieur des cadres que la loi construit pour les différentes institutions.

En ce qui concerne la personnalité, toute l'activité qui a pour but, consciemment ou non, sa formation est reproduite par la loi. Celle-ci procède institutionnellement. Mais il n'y aurait aucune raison que le Droit acceptât ces manifestations, si elles n'avaient une autre signification aussi. En effet, toute cette activité n'est qu'un prélude, ne sert qu'à constituer les conditions d'une autre activité qui prend presque toujours une forme juridique à l'aide d'instrument approprié. Car les personnalités, les

institutions personnes comme le disait M. Hauriou, sont un principe d'action et d'entreprises et non un principe de limitation. Ce dernier ne se trouve dans la constitution de la personnalité que lorsqu'on doit déterminer son aspect et ses contours.

L'action qui peut se dérouler parce qu'il existe des personnalités, prendra le plus souvent une forme juridique. C'est seulement dans cette mesure qu'elle nous intéresse.

Dans les manifestations des personnalités on peut distinguer deux catégories :

1^o La première catégorie est composée par les personnalités dont la principale activité est extérieure, en un mot qui ont pour but le commerce juridique. Il en est ainsi des sociétés civiles et commerciales et dans une certaine mesure des associations, qui, bien que n'ayant pas un but lucratif, peuvent néanmoins avoir une activité extérieure à leur cadre. En ce qui concerne les associations, tout dépend du but qu'elles veulent atteindre, de l'idée de l'œuvre. Les fondations peuvent être considérées aussi comme ayant une activité externe, à condition de ne pas considérer les intéressés comme faisant partie de la personnalité. L'ensemble des intéressés est vague et déterminé seulement par l'idée de la fondation. Celle-ci est conduite par certains organes qui constituent la volonté de la fondation. Mais ce ne sont pas les intéressés qui ont permis à cette volonté de se dégager. Comme le dit M. Michoud (1) « la différence entre « la corporation et la fondation est la suivante : Dans la corporation, l'élément intérêt et l'élément volonté se trouvent « réunis, c'est le groupe même des intéressés qui forme l'organisation destinée à dégager la volonté collective du groupe. « Dans la fondation au contraire, les deux éléments sont séparés, ils sont reliés l'un à l'autre par une volonté extérieure au « groupe lui-même : celle du fondateur. »

D'une manière générale, on peut dire que dans la première catégorie rentrent toutes les personnalités dont l'individualité

1. Michoud, *La théorie de la personnalité morale*. Paris, 1924, 2^e éd p. 207.

pour se constituer, exige un acte volontaire et conscient.

2^o La seconde catégorie est formée par les personnalités qui ont surtout pour but une réglementation intérieure. Ce sont celles qui ont une individualité préexistante à tout acte volontaire et conscient. Et ce n'est pas difficile à comprendre pourquoi le genre d'activité des diverses personnalités est commandé par le mode de formation de leur individualité.

On ne crée pas une société commerciale pour résoudre les problèmes que posent les relations entre sociétaires, dont les intérêts ne sont apparus que précisément par la constitution de la société. Il n'y aurait aucune raison de procéder ainsi. S'il est nécessaire de réglementer par des statuts le domaine interne de la société, ce ne sera qu'une opération secondaire par rapport à la raison d'être de la société.

Quand on se trouve devant une individualité qui préexiste à tout acte volontaire et conscient, la situation n'est plus la même. Ce qui sera secondaire dans ce cas, c'est la réglementation des relations externes.

Ainsi le domaine professionnel, ce sont les relations entre les membres de la même profession qui servent sur le premier plan dans les préoccupations des intéressés. Il est juste de reconnaître que dans ce domaine, les choses peuvent changer d'aspect d'après le point de vue qu'on adopte.

Si on se place seulement sur le terrain syndical, c'est-à-dire si on considère séparément les ouvriers et les patrons, pour nous en tenir qu'à ces deux catégories, les relations externes de chacune de ces deux catégories semblent primer les relations internes.

Si on se place sur le terrain corporatif en englobant dans la même collectivité tous ceux qui sont de la même profession, en rejetant sur le second plan les distinctions entre patrons, ouvriers et autres catégories, c'est la réglementation des relations internes qui devient la plus importante.

Même l'instrument qui sert à réglementer toutes ces relations change d'aspect d'après la manière différente d'envisager les choses.

Dans le premier cas, les relations entre ouvriers et patrons considérées dans leur collectivité sont réglées la plupart des fois par des conventions collectives de travail. C'est le côté conventionnel de cet instrument qui apparaît sur le premier plan, bien que dans l'application individuelle aux membres des syndicats, cet aspect change quelque peu.

Dans le second cas, c'est-à-dire quand on se place sur le terrain corporatif, les syndicats d'ouvriers et de patrons, étant englobés dans le même ensemble et bien que réglant leurs relations par une convention collective, celle-ci aura l'aspect de statut, instrument qui sert à réglementer la vie intérieure d'une collectivité.

On va expliquer bientôt ce qui fait que nous considérons le contrat classique, la convention collective de travail et le statut comme étant liés par une parenté rapprochée.

C'est en nous plaçant du point de vue de l'esprit de cette étude que nous pouvons trouver une grande ressemblance entre ces trois instruments, bien qu'au premier abord il y ait de grande différence entre eux. Il suffit de dire que le contrat suppose l'individualisme tandis que la convention collective s'y oppose. Mais les trois n'en sont pas moins, lorsqu'ils tendent dans leur fonctionnement à réaliser complètement leur raison d'être, les instruments à l'aide desquels agit la personnalité, qu'elle soit individuelle ou collective.

On a défini la personnalité comme étant la condition d'une activité. On a ajouté à plusieurs reprises que ce n'est pas cette activité qui doit être réglementée. Tous les soins et toute la perspicacité du législateur doivent être concentrés sur l'élaboration des conditions de l'action, c'est-à-dire sur la constitution des personnalités, qui doit être permise et à la rigueur imposée de telle manière que l'action ne se déroule que de la façon voulue.

Si elle procédait autrement et si elle essayait de prévoir à la place des intéressés et à leur imposer ses prévisions, une autorité externe risquerait beaucoup de ne pas tomber juste. Il n'est

pas difficile de trouver des exemples à cela dans le Droit civil. La plupart des articles consacrés à la théorie générale des obligations conventionnelles (1101 à 1369) ceux consacrés à certains contrats usuels, la vente (art. 1582-1701) ou le louage (art. 1708-1831) sont supplétives ou déclaratives, et non impératives. En ne leur reconnaissant que cette force, la loi indique clairement que leur vraie place est dans une auto-réglementation. Celle-ci n'est qu'une manifestation de la liberté individuelle, qui ici prend le nom d'autonomie de la volonté individuelle, son instrument étant le contrat. La liberté de leur acceptation ou de leur rejet et en outre celle de la création de nouvelles clauses les met en état de répondre d'une façon concrète et complète aux nécessités du commerce juridique. Ces règles supplétives ont en vue la situation tel qu'elle se présente le plus souvent. Et cela explique pourquoi les parties dans la plupart des cas ne les reproduisent pas dans le contrat, ce que prévoit la loi leur convenant ou simplement n'y pensant même pas à tous les détails.

Si on examine attentivement l'attitude des règles supplétives envers les circonstances de la vie sociale, on découvre qu'elles ont un aspect différent qui provient de leurs coïncidences ou de leurs non coïncidences avec ces circonstances. Pour faire ressortir avec plus de force encore cette multiplicité d'aspects, après avoir envisagé ces règles sous leurs formes supplétives, on va les considérer comme étant munies d'une force impérative.

On peut se demander dans quelles circonstances et sous quelles conditions, une même règle ayant auparavant un caractère impératif pouvait devenir par la suite supplétive.

Envisageant le Code du travail dans sa partie réglementaire. Toutes les dispositions sont impératives. Elles ne trouvent une application que lorsqu'un contrat de travail — collectif ou individuel — intervient. Elles doivent nécessairement faire partie de son contenu.

Mais quelle est la véritable raison de la force impérative de

ces règles ? C'est la crainte que l'ouvrier ne puisse bénéficier de leur contenu, étant économiquement plus faible que le patron et n'arrivant pas à les lui imposer. La faiblesse de l'ouvrier tient à son isolation. C'est d'ailleurs un état qui est en voie de disparition, les syndicats se chargeant de la défense des intérêts ouvriers.

Si l'organisation syndicale et corporative était mise au point, le motif qui justifie le caractère impératif des règles du Code du Travail perdrait beaucoup de sa force. L'ouvrier ne serait plus isolé. A l'aide de la convention collective et du statut il pourrait prévoir et imposer toutes les mesures raisonnables qu'il jugerait nécessaires et utiles à son existence.

Si on suppose que la partie réglementaire du Code du Travail n'existait pas, elle trouverait quand même son expression dans les clauses des conventions collectives ou dans les dispositions des statuts. Mais pour cela il faudra qu'il existe des personnalités, des institutions personnes, qui puissent employer ces deux instruments de la concrétisation du Droit. Car dans ce cas le Droit est non seulement exprimé, mais aussi concrétisé directement.

Le législateur, ne craignant plus la faiblesse de l'ouvrier, pourrait se borner à prévoir d'une manière supplétive ce qu'aujourd'hui il imposait impérativement.

Envisageons donc la même règle une fois sous un aspect supplétif et une autre fois sous un aspect impératif.

Dans leurs formes supplétives.

Si les règles sont incorporées dans les conventions particulières, ou si on s'y réfère d'une manière tacite, elles demeurent l'expression de la liberté individuelle, et elles prennent ainsi leur vraie place.

Si elles sont écartées et remplacées par d'autres clauses, elles peuvent être considérées inexistantes par rapport au domaine qu'elles prétendent organiser juridiquement.

Donc dans le premier cas leur force provient non de la loi, mais de leur adoption par les particuliers, adoption qui est

faite sous l'empire d'un tout autre impératif que l'impératif juridique, en l'espèce de celui que suscite l'intérêt bien compris.

L'hypothèse du second cas indique avec plus de force encore l'effacement de la loi comme expression d'une règle susceptible de recevoir l'aide d'une contrainte de la force publique.

Maintenant supposons que les mêmes opérations se produisent, ces règles ayant le même contenu, mais renforcé par un caractère impératif. La position du particulier étant la même que dans les cas précédents, c'est-à-dire dans une première situation ces règles leur convenant, et dans une seconde voulant les écarter comme ne présentant aucune utilité, on aura deux aspects différents.

Le premier résultera de la coïncidence des besoins particuliers avec les prescriptions de la loi. Celle-ci seront vis-à-vis de ces besoins, non pas tant une série d'injonctions, qu'une série de constatation de certains événements de la vie sociale. La justesse de ces constatations sera d'autant mieux assurée que la loi réservera sa consécration à des situations d'ensemble, et refusera de descendre dans la réglementation de celle-ci.

Le rôle de constatation ressort encore mieux si on se souvient qu'il s'agit de règles supplétives que nous avons considérées comme impératives seulement pour le besoin de la démonstration. De la sorte apparaît clairement que la vraie force obligatoire ne résulte pas de la règle légale, mais que celle-ci a tiré elle-même sa force seulement dans la mesure où elle traduit un ensemble de situations sociales. On ira plus loin encore, et on dira que ces situations sociales ne s'imposent pas au Droit par les principes éthiques qu'elles contiennent, mais par le simple fait de leur existence. Les considérations de morale agissent plutôt d'une façon négative, l'immoralisme d'une situation ayant comme conséquence son ignorance par le Droit. Ce n'est que par exception que le Droit crée une situation d'ensemble, un état de fait, guidé par des considérations morales. La famille, la propriété, la succession ont été consacrées par le Droit, parce

qu'elles s'imposaient à lui, elles lui préexistait. Il suffit de se rappeler toutes les discussions qui ont eu lieu autour de ces institutions, surtout des deux dernières, pour se convaincre de la force d'une situation de fait par rapport au Droit. De même la reconnaissance d'une personnalité à l'homme, ne fait que reconnaître l'existence d'un fait : l'individu.

Cette attitude de constatation est donc indiquée en premier lieu pour une règle impérative, et elle seule lui permet de conserver son caractère d'objectivité, la soustrayant ainsi aux dangers de l'intrusion d'éléments subjectifs, dans les considérations qui l'ont imposée. En effet, il ne faut pas perdre de vue le caractère de permanence de la loi, qui doit nécessairement se refléter dans les situations qu'elle prévoit. Mais il existe des phénomènes passagers dont la seule raison d'être est de se consumer, de disparaître, d'être exécutée. Ce sont des événements sporadiques qui peuvent se reproduire d'innombrables fois mais il existera toujours un tout petit élément qui marquera une différence entre eux. La continuité leur manque et envers eux la loi ne peut adopter qu'une attitude de prévision plus ou moins certaine. Ça n'empêchera pas qu'il existe toujours une contradiction entre leur nature et leur mode d'expression. Etant temporaire et concret, ils seraient compris dans des dispositions permanentes et par cela même impropre au concret. Ils ne préexistaient pas à la loi, et la plupart des fois, c'est la loi même qui les créent en adoptant les aspects d'une injonction. Pour avoir un exemple de ceci on ne peut faire mieux qu'examiner la seconde situation sus-énoncée. Les règles qui dans le Code civil sont supplétives, nous les avons considérées comme pouvant avoir un caractère impératif. Après avoir montré une première situation où les particuliers les ont déjà adoptées dans leur contrat, de sorte que leur caractère impératif allait sans de trop grands inconvénients, supposons maintenant que l'intérêt des particuliers leur commande de les écarter et de les remplacer par d'autres clauses. Etant impératives ils ne le pourront pas. Ces règles n'auraient donc plus un caractère de

constatations d'une situation existante, du moment que justement cette situation ne se produit pas. Elles auront un caractère d'injonction et leur force viendra plutôt de considérations subjectives que de considérations objectives. Il a suffi de peu pour changer le caractère de la même règle légale. Au lieu de rester une fidèle reproduction de la réalité sociale, sa présence inopportune dans la loi lui donne la mission de déformer cette réalité au nom d'un idéal quelconque. La parfaite conformité de la règle légale aux véritables besoins ne sera que l'effet du hasard, parce que, redisons-le encore une fois, envers ces besoins, la loi adopte une attitude de prévision ou en les supposant pressants elle impose leurs satisfactions. Dans tout cela il existe une autre contradiction. Elle consiste en ceci : la règle de Droit ainsi qu'il a été dit plus haut, contient un principe de limitation. Ce principe de limitation n'est pas en contradiction avec le rôle de simple constatation de la règle légale. Dans la description de ce qui existe on peut tout au plus omettre des détails. Mais cela pourra se réparer facilement et on arrivera ainsi à une fidèle représentation. Car par le seul fait que quelque chose existe, cette chose se limite. Pour avoir conscience de l'existence d'une chose, il faut la définir et définition veut dire limitation ou tout au moins délimitation.

Mais si la loi, cette loi qui contient un principe de limitation adopte une attitude de prévision ou même de création de besoins nouveaux, comment peut-on concilier son essence avec l'état qu'elle suppose et qui est celui d'un perpétuel devenir. On se rend compte immédiatement que pour organiser juridiquement ce qui pourrait exister, il faut un organisme dont la nature intime ne contienne pas de contradiction avec la fonction même qu'il doit remplir

Nous ferons encore deux observations pour compléter ce que nous avons à dire au sujet du premier point.

1° On a considéré les règles supplétives comme un échantillon d'auto-réglementation que le législateur propose aux particuliers. Elles ne sont que l'expression présumée de l'autonomie

de la volonté individuelle, et leur caractère non impératif, fait quelles impliquent une grande dose de spontanéité dans le Droit privé. En imaginant 4 situations différentes, résultant des suppositions qu'on a faites successivement, concernant le caractère supplétif ou impératif de la règle légale et sa conformité aux intérêts particuliers, en a fait ressortir l'aspect changeant de cette règle légale et les avantages ou les désavantages qu'elle peut présenter dans chacun de ces cas. Mais puisque nous avons parlé d'une auto-limitation, il faut ajouter que les exemples que nous avons donnés, n'ont pu la faire ressortir dans toute sa pureté. Plutôt qu'auto-réglementation, il s'agit de discipliner juridiquement les relations entre deux individualités étrangères l'une à l'autre. D'ailleurs, dans le Code Civil, on aurait eu à sa disposition que l'exemple imparfait de la société civile. Et la chose est explicable, du moment qu'il s'agit d'une œuvre qui n'est que l'expression de l'individualisme. La véritable auto-réglementation des « auteurs juridiques » que suppose le Code Civil, n'est pas du domaine du Droit. La personne humaine, le sujet de Droit, subit d'autres lois que les lois juridiques pour exister et voir fonctionner ses organes. L'auto-réglementation devient une chose juridique avec l'apparition d'individualité collective, et qu'il s'agit de douer d'une volonté subjective afin de pouvoir leur reconnaître la personnalité morale. A l'intérieur de ces individualités la notion d'auto-réglementation prend toute sa signification.

L'exemple de la liberté de discipliner juridiquement les relations de la vie sociale n'en garde pas moins toute sa valeur. Liberté des relations externes ou de la réglementation interne, c'est toujours l'expression de la spontanéité dans le Droit. Nous aurions pu imaginer quatre exemples pour retrouver les mêmes variations dans la réglementation interne.

2° Il ne faut pas sortir du juridique. Tout ce que nous avons dit plus haut, trouvera son expression dans des constructions purement juridiques. Attitude de constatation et de description de la règle de Droit, ou aspect d'injonction directe de celle-ci, se

traduisent dans l'édifice juridique par des formes propres au Droit. Ces formes sont liées aux organes d'expression (source du Droit) proprement dit ou à ceux de concrétisation du Droit. Dans ce qui a été dit plus haut, on a vu une même règle de droit considérée une fois comme l'expression du contenu d'un contrat, et une autre fois comme étant d'origine purement légale et les variations que son aspect subit dans ces deux cas. Les organes d'expression ou de concrétisation du Droit peuvent être jugés du point de vue de la spontanéité, car leur existence sous certaines formes, leur inexistence, ou seulement l'absence de quelqu'un d'entre eux, est l'indice d'une spontanéité plus ou moins grande.

S'agissant de la nécessité que le Droit tire sa substance dans la plus grande mesure possible de son propre fond, dans le processus qui se produit du passage d'une règle de Droit préexistante à son application à un cas particulier, on est en face de relation entre les organes d'expression du Droit et ceux de concrétisation. La spontanéité sous cette première forme, ne sera respectée que si le contenu de l'organe qui exprime le Droit peut vraiment servir pour la résolution d'un cas particulier, c'est-à-dire aboutir à une concrétisation du Droit, sans être mis de côté comme insuffisant ou anachronique, et être remplacé par des considérations étrangères au Droit qui quelquefois, bien que décorées de termes techniques ont un caractère nettement inférieur à la règle de Droit.

D'autre part, quand on est en face de la création directe d'une règle de Droit, sous une forme concrète, cette opération est une autre manifestation de la spontanéité. Cette création étant le fruit de la libre activité de diverses individualités qui se rencontrent dans la vie sociale, incomberait dans une certaine mesure, en l'absence de ces individualités, à des organes ne pouvant avoir un caractère de dynamisme et de création que représente l'activité d'une individualité dotée de personnalité. Pour le reste, il resterait des domaines entiers qui ne pourraient même pas être organisés juridiquement. Et dans la mesure où

la besogne juridique de ces individualités refluerait vers d'autres organes, vers la loi et la jurisprudence, mais surtout vers la première, la spontanéité perdrait sous tous ses aspects : l'absence d'individualités personnifiées et par conséquent l'inexistence de corps doués d'une libre détermination juridique, signifierait l'acheminement vers l'état que Ihering désigne sous le nom de non spontanéité, par la restriction de plus en plus évidente des nécessaires activités libres, et par cela même il se réaliserait deux autres situations qui ne seraient qu'un autre aspect de la disparition progressive de la spontanéité du Droit.

1^o La loi prendrait à sa charge ce qu'elle ne laisse pas au ressort des libres activités.

2^o Elle laisserait au juge le rôle de régler lui-même les cas qui pourraient se présenter.

Dans le premier cas, la loi s'alourdirait de matériaux qui nuiraient à une bonne interprétation et par conséquent le juge devra trouver des points d'appui autre part que dans la loi. Le Droit cesserait donc de tirer sa substance de son propre fond. Et cela n'arriverait pas seulement parce que la loi cesserait d'être prise en considération par le juge. Même dans le cas où le juge ferait tous ses efforts pour ne pas mettre de côté une matière qui raisonnablement aurait dû rester du ressort des activités libres, il reste néanmoins que le Droit s'est incorporé une matière qui aurait dû lui rester étrangère. Celle-ci rentrera dans un moule juridique, mais qui ne sera pas le moule légal. En effet, tout ce que les individus dans leur relation ou dans la réglementation des personnes collectives qu'ils forment, consacrent juridiquement par le contrat ou par la règle statutaire, n'est pas pour cela du domaine de la loi. Le Droit ainsi que le disait Ihering dans le passage que nous avons précité « n'est pas une simple forme qui peut recevoir un contenu quelconque ». Et M. Demogue (1) se référant à ce qui est susceptible d'être réglé par un contrat, le met dans le domaine de la coutume. Il

1. Demogue, *les Notions fondamentales du Droit privé*. Paris, Rousseau, 1911, page 597-600.

s'agira de trouver dans les lois actuelles, surtout celles se référant au droit professionnel, et en spécial à la législation ouvrière, des situations réglementées, mais qui sont visiblement du ressort contractuel ou statutaire. En disant cela nous ne nous référons pas à la conception classique du contrat. Nous retenons de ses caractéristiques seulement celle-ci : le contrat est un instrument juridique qui permet de faire coïncider une action économique avec la détermination de son contenu juridique : Celui-ci n'est pas préétabli. Et nous ne parlons pas de ce qui devrait être organisé juridiquement et ne l'est pas à cause de l'absence d'organisme capable de mettre efficacement en œuvre le statut ou le contrat avec les diverses nuances qu'il comporte et desquelles il est question dans le corps de cette étude.

On pourra répliquer à ceci : Pourquoi avoir l'air de le déplore, du moment que le passage de la coutume au Droit écrit est considéré comme un progrès et non comme un recul.

On a expliqué au chapitre I comment s'opère le passage de la phase coutumière à la phase légale. Ce n'est pas une acceptation tel quel de la coutume par la loi. Ce passage n'est que le résultat d'un processus d'isolation, ayant comme couronnement l'objectivisation du Droit.

Le contrat, la convention collective et le statut sont donc des éléments juridiques de l'activité des personnalités qui les emploient. Même quand ils sont établis pour une grande durée, comme c'est surtout le cas pour les statuts, il reste néanmoins qu'ils sont l'expression de la volition maîtresse qui dirige les diverses personnalités. On ne peut s'empêcher de reconnaître que logiquement ceux qui emploient ces trois instruments doivent pouvoir librement déterminer leur contenu. Ce n'est que la description de ces instruments qui doit être établie d'avance, ce n'est que le contenant que la loi doit décrire. Alors, ils rentrent dans la catégorie des institutions choses. Si la loi se préoccupe aussi de leur contenu, elle ne le fera que d'une manière secondaire, supplétive, comme c'est le cas des

contrats. Dans ce cas, comme le dit M. Capitant, le législateur n'impose pas, il « propose » seulement.

Dans le Droit ouvrier, toutes les règles sont impératives. Mais la plupart de celles-ci ne retrouvent leur application que lorsqu'il est intervenu un contrat de travail ou une convention collective. Elle ne s'applique qu'aux suites de l'engagement formé à l'aide de ces deux instruments.

Si le Code du Travail a un aspect réglementaire (1) cela tient justement au fait que les suites du contrat de travail, collectif ou non, sont déterminées d'avance par le législateur d'une manière impérative.

C'est une certaine conduite que la loi impose. Or, chaque fois que la loi impose une conduite, qu'elle ordonne comment doit se dérouler une activité quelconque, elle ne peut procéder que réglementairement. On expliquera bientôt les causes et la conséquence du procédé réglementaire.

Dans le Code du Travail, les parties les plus spécifiquement réglementaires sont le Titre III du livre I, concernant le salaire et les titres I et II du livre II. Celui-ci est même intitulé *De la réglementation du travail*. Le titre I se réfère aux conditions du travail et le second à l'hygiène et à la sécurité des travailleurs.

Avant de continuer, il nous faut donner encore quelques explications supplémentaires.

Ce n'est pas au caractère impératif de ces règles que nous en voulons. Ni même au fait qu'elles se trouvent dans une loi établie par l'autorité centrale ; et ayant par conséquent un caractère de généralité et de préétablissement. C'est la tendance qui nous intéresse en tant qu'elle constitue une nouveauté dans le Droit privé. Elle consiste à imposer une conduite au nom de certains principes, de certains sentiments peut-on même dire.

Ce n'est plus l'acceptation d'une forme d'activité qui se forme en dehors de l'impératif légal. La loi ayant accepté cette forme d'activité, au moins dans son essence, telle quelle comme

1. Voir Rouast, *Cours de législation industrielle*, 1929, p. 27.

dans le cas de l'institution. Ce n'est non plus la répression d'un ensemble de faits qui ayant un caractère de monstruosité est anéantie par la loi, ainsi qu'il arrive dans les concepts purs.

C'est l'injonction positive, la création d'une nouvelle forme d'activité. On prend acte d'une situation, dans l'espèce celle créée par le développement du machinisme, pour procéder non à sa répression, ce qui serait absurde et impossible, ni même à la répression des activités qui pourraient se dérouler si la loi n'intervenait pas, car on n'en finirait plus. On procède à la prévision et à la détermination d'une conduite dont on ne trouve l'exemple nulle part dans la réalité des choses, mais seulement sa justification dans des considérations normales, et on procède à sa description détaillée. Cette activité n'existe pas, *elle doit exister*. Et en prévision de ceci, on crée des organes qui doivent s'assurer que les choses se déroulent ainsi que la loi l'a voulu.

On crée des organes d'inspection, ayant une fonction préventive, comme c'est le cas des inspecteurs du travail, desquels s'occupe le titre III du livre II. On ne peut plus procéder correctivement comme dans le cas des concepts purs, parce qu'on ne se trouve plus dans un domaine répressif. D'ailleurs si on ne crée pas les conditions d'une activité, mais cette activité même, on ne pourra jamais tout prévoir. La jurisprudence ne pourra non plus suffir à toutes les nouvelles tâches qui s'imposent à elle.

Nous disions au commencement de cette étude qu'il se produit une complexité de plus en plus grande, dans le domaine professionnel. Plus que cela, ajoutons-nous, c'est un rythme accéléré dans l'apparition des nouveaux besoins qu'il faut parler. Si on se souvient qu'on se trouve dans un domaine où l'évolution est très rapide parce qu'elle dépend dans une grande mesure des inventions nouvelles qui s'amoncellent les unes sur les autres, on comprendra pourquoi la loi et la jurisprudence ne suffiront pas à elles seules à satisfaire les nouveaux besoins.

La loi ici à un caractère de généralité et de préétablis-

ment, ce qui fait que ses solutions seront forcément limitées.

La jurisprudence n'agit que d'une manière corrective disions-nous et ici l'on se trouve dans un domaine où il faut prévoir une action normale et non réprimer une activité anormale, une monstruosité.

Et si la jurisprudence voulait interpréter les solutions qu'elle trouve dans la loi et qui sont ainsi qu'on vient de le dire en nombre limité, pour les étendre au cas qui se présenterait devant le juge, elle devra employer les méthodes d'interprétation qui seraient ou trop rigoureuses ou trop larges, trop hardies. On expliquera tout à l'heure à quoi ceci est due.

Donc dans le cas de non existence de personnalité conditions d'une activité se déroulant d'elle même, la loi doit prévoir l'action.

Qu'il s'agisse de relation extérieure ou de celle qui sont intérieure à la personnalité, cela n'a pas d'importance. D'ailleurs nous avons montré comment les mêmes relations peuvent avoir un caractère interne et externe en même temps.

Si dans ce que nous venons de dire nous avons la plupart du temps fait mention du droit ouvrier, c'est que l'intervention du législateur est particulièrement développée sous forme d'injonctions positives.

Dans les autres domaines où la loi intervient à propos de relations conventionnelles, elle le fait plutôt sous forme de prohibition. Ainsi se passe les choses dans le contrat de transport sur chemin de fer, où le législateur est intervenu par la loi Rabier en interdisant les clauses d'irresponsabilité.

Puisqu'il s'agit d'une activité qui doit se dérouler d'après certaines formes qui sont déterminées par la loi, ou par les clauses d'un contrat, d'une convention collective et d'après les dispositions d'un statut, d'une activité qui est donc susceptible d'être imposée juridiquement à l'aide de la contrainte de la force publique, il faudra examiner maintenant comment cette activité, se situe vis-à-vis de la loi qui la prévoit, vis-à-vis des clauses d'un contrat, d'une convention collective et vis-à-vis d'un

ensemble de statuts. Ces trois derniers instruments nous les considérons comme impliquant l'existence de personnalités nécessaires à leur mise en œuvre.

Les conditions d'une activité libre de la personnalité

III. — Dans chaque action on peut découvrir deux éléments :
1° L'élément matériel et 2° l'élément psychique.

L'élément matériel ou concret de l'action, c'est le fait, c'est l'action même qui s'accomplit.

L'élément psychique est constitué par les motifs ou les causes de l'action. C'est l'élément abstrait de l'action. On ne peut le méconnaître, parce que nous ne pouvons nous occuper que des actions raisonnables et l'élément psychique y joue un rôle de premier plan, étant celui qui donne un sens à l'action matérielle. *

Quand la loi n'adopte pas une attitude de création et d'imposition d'une nouvelle forme d'activité normale, mais se contente d'accepter les activités qui se forment en dehors d'elle dans le milieu social, elle ne se préoccupe que de la partie matérielle des actions.

Dans le domaine des institutions où la loi ne fait que respecter et accepter une activité et non l'imposer, cette attitude est évidente.

En ce qui concerne les concepts purs, si la loi n'accepte plus tel quel les manifestations de la vie sociale, parce qu'elle les réprime, il n'en reste pas moins qu'elle se saisit en premier lieu de la partie matérielle de ces manifestations. Elle peut le faire parce que celles-ci existent. Et ce faisant la loi ne cherchera pas à imposer ses considérations pour savoir comment on doit se conduire, mais elle indiquera seulement comment on ne doit pas se conduire.

Donc, dans l'institution et le concept pur, la loi commence

par tenir compte des faits. Elle laisse les motifs déterminants des actions en dehors de sa sphère. *Elle ne les crée pas*, n'y trouvant aucune utilité du moment que la plupart des fois elle ne crée non plus les actions dont ils sont la cause. C'est aux personnes individuelles ou collectives d'agir comme elles l'entendent. La loi ne se réserve qu'un droit d'appréciation. Elle accepte ou elle repousse. Lorsqu'on s'est occupé de l'institution et du concept pur, on a fait ressortir tous les avantages qui découlaient de cette position de la loi.

Quand la loi prend sur elle d'indiquer comment on doit se conduire, la situation devient plus compliquée et la tâche de la loi plus difficile.

Pour simplifier les choses, au lieu de créer l'action même dans ses moindres détails, la loi aurait pu créer les conditions de l'action seulement. Celles-ci sont obtenues par la constitution de personnalités, d'institutions personnes qui sont ainsi que le disait M. Hauriou, des principes d'actions et d'entreprises.

Nous disons que dans ce cas les choses auraient été simplifiées parce que si la loi était appliquée à la constitution de personnalités, elle aurait trouvé le modèle de celles-ci dans la réalité sociale. Nous nous sommes efforcé dans les sections précédentes de faire ressortir la réalité de la personnalité en indiquant les deux parties constituantes de celle-ci : l'individualité et la vie subjective et raisonnable. Toutes les deux peuvent être perçues et représentées. Dans ce cas il aurait suffi que la loi adoptât une attitude institutionnelle.

L'existence de personnalité pouvait aussi permettre la formation en dehors de la loi de concepts purs. Celle-ci les aurait alors acceptés tels quels, adoptant même dans ce cas une attitude institutionnelle (Voir le processus supposé de la formation du concept de risque professionnel).

Comment les diverses personnalités collectives peuvent-elles agir juridiquement ?

Pour qu'elles le puissent faire, elles devront employer un

instrument juridique. Ce sera le contrat, la convention collective et le statut.

En principe, si la loi se borne à prévoir seulement la forme de ceux-ci et non leur contenu, ces trois instruments juridiques pourront être envisagés de la façon suivante :

Ils réunissent les deux éléments de l'action : l'élément matériel et l'élément psychique.

A mesure que la loi prendra sur elle de déterminer leur contenu, elle restreint de plus en plus le libre jeu des motifs, en ne leur permettant pas de se manifester concrètement.

On doit ajouter que si nous envisageons une activité qui prendra une forme juridique à l'aide de ces trois instruments, ce que nous voulons démontrer est tout aussi vrai pour le cas où la loi voudrait réglementer des actions qui se déroulaient auparavant sans emprunter aucun moule juridique.

Donc, la loi en déterminant le contenu du contrat, de la convention collective et du statut, substitue ses motifs à ceux des personnalités dont ces trois instruments sont les moyens d'agir.

En procédant ainsi on décompose l'action.

Le fait matériel qui la constitue sera toujours l'œuvre des individus.

Nous parlons d'individus maintenant, après avoir jusqu'à présent parlé de personnalité collective, pour un motif très simple. La plupart des fois, quand la loi prend sur elle de poser les déterminants d'une action quelconque, elle le fait parce qu'il n'existe précisément pas de personnalité collective qui serait la condition de l'action.

Donc le fait matériel qui constitue l'action sera toujours l'œuvre des individus.

Mais la loi en prenant sur elle de choisir les motifs d'une action doit le manifester d'une certaine manière. Elle le manifestera en édictant des injonctions positives ou même négatives qui s'adressent à des pratiques qui ne peuvent pas être considérées tout à fait comme anormales.

S'il avait existé des personnalités, conditions de l'action, ce

que la loi prévoit aurait passé dans les clauses des contrats, des conventions collectives ou dans les statuts que ces personnalités auraient employés.

Donc il se serait passé une chose que nous avons indiquée déjà à plusieurs reprises.

La naissance du contenu juridique aurait coïncidé avec le commencement de l'action économique. Car une clause contractuelle et statutaire peuvent être considérées comme un acte (1), comme un élément concret. En plus, ces clauses contractuelles ou statutaires ne sont que la manifestation de la volonté maîtresse qui s'est dégagée d'une individualité pour aboutir à sa personification.

Les motifs que la loi invoquera pour imposer certaines formes d'action graviteront autour d'un principe central. Ce sera la plupart des fois un principe éthique, un sentiment pour tout dire. Même si on essayait de le vider de tout contenu transcendant, en se basant, ou en ayant la prétention de se baser sur les enseignements de l'expérience, il n'en restera pas moins qu'on a procédé la plupart des fois à une interprétation quelque peu arbitraire des faits de la vie sociale, et la seule certitude qui subsistera de toute la théorie, sera qu'on aura satisfait un sentiment, si on l'avait appliqué.

Si la loi doit invoquer un sentiment pour imposer une conduite, chose qu'elle fera en édictant des règles légales, on aura une situation dans laquelle les faits seront rejetés au second plan et les sentiments apparaîtront au premier. Ce sera le subjectif qui sollicitera l'objectif. Et le champ d'activité du subjectif sera presque illimité, parce que le législateur qui sera pénétré de ce facteur, créera des situations au lieu de les reproduire. Il indiquera ce qu'on ne doit pas faire, non en se basant sur une situation qui s'est déjà produite et qu'il anéantira, mais en indiquant ce qu'on ne doit pas faire dans une circonstance qui ne s'est pas encore produite, et dans ce cas on revient toujours

1. Nous ne nous référerons pas ici au sens d'*instrumentum* du mot acte, mais au sens habituel de ce mot.

à une injonction positive qui est constituée par la contre-partie de ce qui est interdit.

Si la loi n'avait fait que reproduire une situation existante, comme dans le cas de l'institution, ou interdire une manifestation qui s'est déjà produite, comme dans le cas des concepts purs, elle aurait trouvé des limites à cause de la matérialité de ces ensembles de faits qui constituent la situation institutionnelle ou le substratum du concept pur.

C'est l'objectif qui aurait sollicité dans ce cas le subjectif.

Quand la situation contraire se produit et que le subjectif sollicite l'objectif, le facteur subjectif que la loi invoque remplace la volonté des personnes physiques et collectives.

Les individus et les personnes collectives n'accompliront pas moins l'acte matériel qui est un des éléments constitutifs de l'action. Mais ce n'est que cela qui leur sera propre. Les motifs de leurs actions sont imposés par la loi et ils sont traduits dans les dispositions de celle-ci. L'action par conséquent n'est plus libre parce qu'elle n'est plus librement déterminée.

La liberté des individus est de plus en plus enchaînée au nom d'un principe éthique.

Les dispositions de la loi qui normalement auraient dû être du ressort conventionnel ou statutaire sont autant d'ordres de la loi auxquels on ne peut se soustraire.

La restriction de la liberté individuelle sera d'autant plus grande que s'agissant de sentiments, ceux-ci pourront facilement créer un courant d'opinion dans les grandes masses de la population qui trouvera son écho jusque sur les bancs du Corps législatif. Le résultat en sera de la création de nouvelles obligations légales.

A ce sujet, un article du *Journal des Débats* du 4 décembre 1929 intitulé : « l'obligation légale » et signé par M. Edouard Payen, reflète les préoccupations qu'inspire l'extension de l'obligation légale. Les termes sont quelquefois énergiques.

« L'obligation imposée par la loi, dit-il, compte aujourd'hui « beaucoup de partisans. Les projets ou propositions de loi

qui obligent les citoyens à travailler, épargner et vivre selon
« les règles impératives imaginées par des parlementaires plus
« soucieux de caporalisme que de liberté individuelle, vont se
« multiplier. Les textes passés en force de loi et contenant ce
« principe de l'obligation sont déjà très abondants. Ceux qu'on
« nous promet le sont encore plus.

« Le législateur ne saurait pourtant employer son activité de
« façon plus pernicieuse. Quand un texte de loi vient obliger un
« citoyen majeur électeur à mettre de côté une partie de son
« salaire pour le verser à une institution d'Etat qui lui donnera
« une rente en un temps déterminé, ce texte empiète évidem-
« ment sur la liberté de l'individu en l'empêchant de disposer
« comme il l'entend du produit de son travail, ce qui est pour
« lui un bien sur lequel il devrait avoir un pouvoir discrétionnaire absolu.

C'est à propos de la loi sur les assurances sociales que cet article est écrit.

L'appréciation qui est faite de la tendance d'augmenter sans répit les obligations légales est faite en ces termes :

« Le procédé rappelle pourtant celui des dragonnades. Ils
« (les adeptes des partis politiques avancés) veulent faire le
« bien des hommes malgré eux, alors qu'ils n'ont aucune qualification pour jouer ce rôle. »

Un Droit qui s'enrichit d'un si grand nombre d'obligations légales arrive dans l'état que Ihering désignait sous le nom de spontanéité. Car chaque action imposée légalement est une restriction à la liberté individuelle. Et celle-ci est d'autant plus grande que le pouvoir qui l'impose est plus éloigné et plus étranger à celui dont on réglemente l'activité. Comme rien ne peut être absolu, ni même la liberté individuelle, quand il faudra néanmoins qu'une règle de conduite soit imposée à un individu du dehors, le pouvoir qui y pourvoira devra lui être le plus rapproché qu'il se peut. Chaque individu peut être intégré dans une individualité sociale. Il peut l'être même dans plusieurs à la fois. Car chaque individualité n'est que la

concrétisation de certains intérêts. Et un homme peut en avoir de plusieurs sortes.

Sur chaque genre d'intérêts doit décider un pouvoir qui se dégagera de l'individualité qui les concrétise. Ce pouvoir épousera le plus parfaitement possible les contours de l'individualité.

C'est seulement de cette manière qu'on pourra concilier la liberté individuelle avec la nécessité d'une réglementation.

Les instruments de l'activité libre d'une personnalité.

IV. L'existence de personnalité permet de dire le Droit à l'aide du contrat, de la convention collective et des statuts. Car ces trois instruments sont aussi des moyens d'exprimer le Droit. Ils sont même plus que cela. Ils sont aussi des moyens de concrétiser le Droit. En effet, nous avons dit qu'une clause contractuelle est un acte. Sa détermination coïncide avec l'action économique qu'elle rend ainsi susceptible de garantie juridique. La convention collective de travail joue le même rôle pour les personnes collectives. Quant aux statuts, ils sont l'émanation de la volonté maîtresse qui s'est dégagée d'une individualité. On peut dire la même chose du contrat et de la convention collective. Eux aussi sont une émanation de la volonté maîtresse d'une personnalité physique ou collective.

Ces diverses manifestations d'une volonté maîtresse ne s'applique en principe qu'à l'individualité qu'elle représente.

Ce qui permet d'exprimer le Droit, lorsqu'il existe une personnalité, c'est la volonté de celle-ci qui se manifeste à l'aide du pouvoir de direction.

La volonté est une inspiratrice incessante d'actions. Or, dans notre cas, actions signifie règle obligatoire, que ce soit clause contractuelle, dispositions statutaires ou contenu d'une convention collective.

Voilà donc un moyen d'organiser juridiquement la vie. Il est souple, intervient quand il le faut, et ne s'applique qu'à sa propre personne. Il n'est pas l'intrusion d'une volonté dans un domaine autre que celui qui lui a permis de se dégager.

L'existence de personnes collectives supprimera l'inégalité des situations. L'homme ne sera plus isolé, mais s'unira librement avec ceux qui ont les mêmes intérêts professionnels. S'il abdique certains avantages ceux-ci seront largement compensés par d'autres.

Nous ne nous occuperons pas du côté économique, politique ou social de la question, parce que ce n'est pas le but de cette étude. Ce qu'il faut retenir, c'est l'existence de toute une série de manifestations de la volonté subjective de diverses personnalités qui expriment et concrétisent le Droit.

Le fait que le Droit apparaît déjà concrétisé aura une répercussion importante sur l'interprétation du contenu des instruments de concrétisation. Contrat, convention collective et statut seront interprétés conformément à la volonté subjective qui les ont produit. Celle-ci devra être en principe respectée. Ce ne sont que les anormalités qui ont pu se manifester à l'occasion de leur élaboration qui seraient réprimées par la jurisprudence. Elle sera donc dans un rôle, qui est celui d'agir correctivement et non préventivement. Sa tâche sera allégée d'autant.

Les organes qui organiseront préventivement et juridiquement la vie sociale seront le contrat, la convention collective et le statut. En remplissant ce rôle il n'arriverait pas à la généralité et à la fixité de la loi. Celle-ci aura, ainsi que la jurisprudence, la tâche facilitée, car les trois instruments de concrétisation du Droit, l'exprime en même temps, ce qui en leur absence aura été la fonction de la loi.

Essayons maintenant de voir comment vont se passer les choses si les personnalités ne peuvent exprimer et concrétiser le Droit librement.

La loi sera toujours insuffisante du moment qu'il s'agi

d'un domaine ou chaque jour paraissent de nouveaux besoins qui doivent être satisfaits juridiquement.

Ce sera à la jurisprudence d'y pourvoir. C'est à elle de concrétiser le Droit. Elle devra s'appuyer pour cela sur les textes que lui offre la loi.

Dans le chapitre sur l'institution et celui sur le concept pur, nous avons montré que le meilleur moyen de faire acquérir aux textes une « puissance indéfinie de révélation du Droit » était les constructions juridiques.

Nous avons expliqué pourquoi celles-ci sont possibles.

Une construction juridique suppose une limitation, des contours à l'intérieur desquels elle fera rentrer toutes les règles qui ont trait à un sujet déterminé. Or la genèse de cette limitation se trouve dans les faits, dans leur matérialité. C'est parce que l'attitude qu'implique la reproduction d'une institution dans la loi et l'élaboration d'un concept pur, consiste dans la prééminence de l'objectif sur le subjectif que la construction juridique a été possible. Même la construction juridique, œuvre de l'esprit, et qui se détache de la réalité, n'en garde pas moins l'empreinte de celle-ci. Or la réalité objective offre de toute part des contours précis.

Lorsque la plus grande partie de l'œuvre juridique des personnalités revient à la jurisprudence parce que la libre activité des personnalités est entravée soit à cause de leur inexistence, soit que la loi ait prévu comment doit se dérouler leur activité, peut-on faire servir la réalité objective à l'élaboration de construction juridique ?

Il va sans dire qu'elle ne sera pas absente des préoccupations du juriste. Mais nous avons vu que lorsque la loi prend sur elle de décider comment on doit se conduire et de reproduire une forme d'activité qui se déroule en dehors non plus d'elle, elle invoque un sentiment la plupart des fois.

Même quand ce ne serait pas un sentiment, mais une simple raison d'utilité que la loi invoquerait, c'est toujours un senti-

ment qui en dernier lieu permet à la loi de l'imposer aux hommes afin de faire leur bonheur malgré eux.

L'invocation d'un sentiment fait donc apparaître sur le premier plan le facteur subjectif et rejette sur le second plan le facteur objectif.

Ainsi que nous l'avons déjà dit à plusieurs reprises, ce sera un sentiment qui sollicitera les faits ou même quelquefois s'imposera en dépit de ceux-ci.

Sous ses différentes formes, d'équité, d'idée de justice ou même de droit naturel, ce sera toujours un facteur subjectif qu'on invoquera. Si celui-ci apparaît toujours sur le premier plan, se seront ses caractéristiques qui s'imposeront. Un sentiment ne peut se voir tracer des limites, du moment que c'est une chose abstraite. Ce n'est pas une représentation de quelque chose de concret, représentation, qui bien qu'élément abstrait, garde l'empreinte de la chose représentée. C'est pour tout dire un état d'âme, qui tout au plus interprétera les faits. Or peut-il être interprétation plus arbitraire que celle qu'on fait en invoquant un sentiment ?

Quand on procède ainsi, on aboutit à édicter des commandements, car c'est cela l'aboutissement pratique de l'utilisation d'un sentiment. Par conséquent on emploie un élément qui n'a aucune limite, qui est indéfini, pour imposer des actions.

Toute obligation légale, contient dans son essence un élément subjectif. Sa limite ne se trouve que lorsqu'elle se réalise. Elle subsiste isolément quand on la considère du point de vue de sa matérialité. Pour qu'on puisse l'intégrer dans un tout, il faudra remonter jusqu'au sentiment qui l'a inspiré.

Subsistant isolément, son interprétation n'offre que deux ressources extrêmes.

1° Ou la considérer dans sa lettre et n'employer que des moyens d'interprétation tout à fait stricts, en un mot faire de la casuistique.

2° Ou remonter jusqu'au sentiment qui a inspiré l'obligation légale et le faire servir aussi en d'autres occasions que celles prévues par la loi.

L'esprit européen étant plutôt dynamique, c'est la seconde alternative qu'il choisira. Mais dans ce cas, où s'arrêtera l'application d'un sentiment qui pourra interpréter chaque fait conformément à sa substance ?

Le ferment d'arbitraire et d'imprécision que le subjectif contient ressortira avec une grande force.

Une obligation légale quelconque ne pourra plus être intégrée dans un de ces grands ensembles qu'on a vu lorsqu'on s'est occupé des institutions, et dont l'énonciation était exclusive de tout élément subjectif, parce que ce n'était qu'un ensemble de faits. Elle n'est que l'expression d'un sentiment. L'ensemble de faits n'existe pas. Ce sont les commandements de ce sentiment qui le créeront dans l'avenir.

Il n'existe pas de moyens, pour qu'une limitation qui ne se trouve nulle part, puisse mettre un frein à l'arbitraire que le subjectif contient. La seule manière de trouver une limite, consiste à se tenir à la lettre de la loi. Mais c'est impossible du moment qu'on se trouve justement dans un domaine qui demande incessamment de nouvelles formules juridiques.

La jurisprudence cherchera à se libérer de la contrainte que nécessairement elle rencontre dans la loi. Mais nous croyons qu'une trop grande liberté de la jurisprudence n'est pas recommandable. Le moyen de lui permettre de résoudre les cas qui se présentent devant elle consistera à diminuer justement le nombre de ceux-ci. Et on ne pourra arriver à cela qu'en augmentant et en perfectionnant les moyens qui expriment et qui concrétisent le droit, c'est-à-dire en permettant l'utilisation entière et libre du contrat, de la convention collective et du statut, considérée comme des moyens de « parler » juridiquement, et comme des instruments de la volonté qui se dégage des diverses individualités de la vie sociale.

CONCLUSION

Nous disions au commencement de cette étude, qu'on s'efforcera de déterminer les critères à l'aide desquels on pourra savoir comment doit se départager la tâche d'organiser juridiquement la vie sociale entre les divers organes d'expression et de concrétisation du Droit.

Nous pouvons dire maintenant que la loi doit tendre, dans le domaine du Droit privé, à s'exprimer seulement par institution, par concepts purs et par personnalité.

Il n'est pas nécessaire que la loi procède à la définition de ces trois ensembles juridiques. Une règle légale tout à fait fragmentaire, si elle est le fruit de l'attitude qu'implique l'un de ces trois ensembles, n'en est pas moins un bien précieux, parce qu'elle contribuera et facilitera à dégager les contours de l'ensemble dans lequel elle pourra s'intégrer.

Ce qui importe par-dessus tout, c'est l'adoption de ces trois attitudes. Chacune aura son moment, qui sera indiqué par les circonstances de la vie sociale.

Attitude de reproduction d'une forme d'activité normale, attitude de répression des manifestations anormales et attitude de conditionnement d'une activité normale par la création de personnalité, voilà à quoi doit tendre, d'après nous, le législateur.

La tâche d'organiser empiriquement la vie sociale et en même temps juridiquement, sera laissée aux personnalités qui seraient dotées pour cela d'instruments appropriés et qu'on a indiqués.

Ce serait des instruments à l'aide desquels le Droit sera exprimé et concrétisé en même temps.

Ces instruments serviraient à l'extériorisation d'une volonté subjective que ce soit celle d'une personne physique ou collective.

On pourra facilement reconnaître si une règle légale se trouve en bonne place.

Tant qu'on ne pourra l'intégrer dans un ensemble que moyennant le recours à un sentiment, on saura qu'elle n'est pas du ressort de la loi.

Il faudra pour qu'elle puisse l'être, que la règle légale soit susceptible de s'intégrer dans un ensemble qui peut avoir une existence de fait, que la loi ne crée pas.

Si la règle légale n'est que la concrétisation d'un sentiment, chose subjective, elle ne devra apparaître que par une manifestation subjective complète. Celle-ci aura lieu lorsqu'une volonté se traduira par des actes. Il faudra donc la réunion dans la même personnalité physique ou collective de deux éléments de l'action, le psychique et le matériel.

La clause conventionnelle et la disposition statutaire participent à l'élément matériel de l'action. Leur détermination coïncide avec le commencement de l'action économique au service de laquelle elles sont. Ce qui importe c'est le contenu de la clause conventionnelle et de la disposition statutaire, parce que celui-ci pourrait se trouver dans une loi générale. Il faudra donc que ce contenu soit inspiré par la vie subjective de la même personne qui accomplit l'action matérielle.

Dans l'état actuel, cette préoccupation pourrait conduire à la constitution d'un grand nombre de groupements et par l'extension de la convention collective.

On trouve l'expression de ces préoccupations dans un ouvrage de M. Gaston Morin, où il préconise l'élaboration d'un code des groupements et dans un ouvrage de M. André Fourgeaud, où le grand rôle de la convention collective est mis en évidence.

Le premier s'appelle. *La révolte des faits contre le code et le second, Du code individualiste au droit syndical.*

L'invocation par le législateur du sentiment sous diverses

appellations, afin d'édicter de nouvelles obligations légales, aura comme conséquence l'invasion du subjectif dans le Droit.

Or, d'après Ihering, on a montré comment le passage de la phase coutumière à la phase légale, véritable progrès avait eu justement comme effet, l'élimination du subjectif. C'est donc le processus contraire qui se manifesterait.

Des ferments d'imprécision et d'arbitraire pénétreraient dans le Droit.

L'absence du subjectif permet la soumission au fait. En même temps, elle équivaut à la liberté des activités, que ce soit celle des personnes physiques ou celle des personnes collectives. C'est l'existence d'une grande dose de spontanéité dans le Droit, que le respect de l'objectif permet.

Dans l'institution, dans le concept pur et dans la personnalité qui n'est d'ailleurs qu'une institution, lorsqu'on l'envisage dans sa reproduction légale, c'est toujours l'objectif qui sollicite le subjectif.

Lorsqu'une règle de Droit ne peut pas s'intégrer dans l'une de ces trois ensembles, c'est le subjectif qui sollicite l'objectif.

La jurisprudence aura sa tâche facilitée lorsqu'elle ne devra pas invoquer un sentiment qui est contenu en puissance dans un grand nombre de règles et dont aucune ne peut être employées pour résoudre le cas qui se présente devant le juge.

L'œuvre de la jurisprudence en même temps qu'elle sera facilitée sera plus sûre.

Quand la loi s'exprime par institutions, par concepts et par personnalités, elle a toujours en vue un ensemble de faits.

La limitation qui est une des qualités des choses concrètes, se retrouvera dans les constructions juridiques de l'esprit faites à son propos. Plus que cela, c'est cette limitation qui est dans les faits qui permettra d'élaborer des constructions juridiques. Et nous croyons, quant à nous, que l'emploi de constructions juridiques, c'est ce qui permet au Droit dans ses développements successifs de tirer sa substance de son propre fond.

Même quand on se trouve dans une phase de transition, celle-

ci aboutira invinciblement à la délimitation de nouveaux ensembles de faits qui deviendront intéressants pour le Droit et qui permettront l'élaboration de nouvelles constructions juridiques.

On disait que la possibilité pour le Droit de tirer sa substance de son propre fond, est un autre aspect de la spontanéité du Droit. Les constructions juridiques sont par conséquent nécessaires à l'existence de celle-ci.

La jurisprudence aura sa tâche facilitée encore d'un autre point de vue.

L'existence d'instruments qui expriment et concrétisent le Droit, comme le contrat, la convention collective et le statut, soulagera d'autant le travail de la jurisprudence.

En l'absence de ces trois instruments, ou au cas où ils ne pourraient fonctionner d'une manière parfaite, toute leur tâche refluerait vers la loi ou vers la jurisprudence. Comme le domaine de la loi est forcément limité, c'est à la jurisprudence qu'en fin de compte on demandera de satisfaire juridiquement les nouveaux besoins. Mais les trois instruments mentionnés ci-dessus, organisaient juridiquement la vie sociale d'une manière préventive, ce que ne peut faire la jurisprudence, dont le rôle est d'agir d'une manière corrective, et dont l'intervention dans les rapports entre particuliers est quelque chose d'accidentel.

Quand il n'existe pas de personnalités d'une force économique égale, c'est le législateur qui interviendra et édictera des règles impératives. On sentira la nécessité d'inspecteurs qui devront s'assurer que la volonté de la loi est respectée.

Quand il existera des personnalités d'une force économique, égale, et qui régleront elles-mêmes leurs relations internes et externes, la police ne se fera plus préventivement à l'aide d'un corps de fonctionnaires, mais seulement correctivement à l'aide de la justice.

Les diverses personnalités assureront elles-mêmes leur police interne et les relations externes seront normales par le seul fait qu'elles sont d'une force économique égale.

Nous avons au commencement de cette étude posé quelques

conditions qui doivent être respectées, si on veut avoir un Droit sain et progressif et dans le cours de l'étude nous nous sommes efforcés de montrer comment on arrive à les satisfaire.

Vu : Le Président de la thèse
ROUAST.

Vu : le Doyen,
BERTHÉLEMY.

Vu et permis d'imprimer
Le Recteur de l'Académie de Paris
S. CHARLÉTY.

BIBLIOGRAPHIE

- Boncour (Paul)*. — Le fédéralisme économique. Paris, Alcan, 1901.
- Capitant (H.)*. Introduction à l'étude du Droit Civil. Paris, Pedone 1923.
- Cours élémentaire de Droit civil Français. Paris, Dalloz, 1923.
- Capitant (H.)* et *Cuche (P.)*. — Précis de législation industrielle. Paris, Dalloz, 1927.
- Cuche (P.)*. — La législation du travail et les transformations du droit dans le n° 4 des Cahiers de la nouvelle Journée.
- Demogue (R.)*. — Les notions fondamentales du Droit privé. Paris, Rousseau, 1911.
- Fourgeaud (A.)*. — Du Code individualiste au droit syndical. Paris, Valois, 1929.
- Geny (F.)*. — Méthode d'interprétation et source en droit privé positif. Paris, 1899.
- Science et technique en droit privé positif. Paris, Sirey 1921.
- Hauriou*. — L'institution et le droit statutaire. Recueil de l'Académie de législation de Toulouse.
- De la personnalité comme élément de réalité sociale (Revue générale de droit, de législation et de jurisprudence, 1898).
- Police juridique et fond du droit (Revue trimestrielle de droit civil, 1926, n° 22).
- La théorie de l'institution et de la fondation n° 4 des Cahiers de la Nouvelle Journée.
- Ihering (R.-V.)*. — L'esprit du droit romain. Trad. Meulenaere. Maresq, Paris, 1886.
- Michoud*. — La théorie de la personnalité morale, 2^e éd. Paris, 1924.
- Morin (G.)*. — La révolte des faits contre le Code. Paris, Grasset, 1920.
- La loi et le contrat. La décadence de leur souveraineté. Paris, Alcan, 1927.
- Picard (Ed.)*. — Le droit pur. Paris, Flammarion, 1908.
- Les constantes du droit. Paris, Flammarion, 1921.
- Roguin*. — Observation sur la codification des lois civiles, 1896.
- Rouast (A.)*. — Cours de législation industrielle, 1928-1929.

— L'abstrait et le concret dans le droit (n° 9 des Cahiers de la Nouvelle Journée).

Thaller. — La méthode en droit commercial dans les méthodes juridiques. Paris, 1911.

Valdour (J.). — La doctrine corporative. Paris, Rousseau, 1929.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	7
CHAPITRE PREMIER. — <i>Des conditions premières qui doivent être respectées dans la formation du Droit</i>	21
CHAPITRE II. — <i>Les grandes constructions juridiques</i>	43
CHAPITRE III. — <i>L'Institution</i>	46
<i>Section I.</i> — Description	46
<i>Section II.</i> — Les caractéristiques de la représentation légale de l'institution	55
<i>Section III.</i> — Expression et concrétisation de l'Institution.....	68
<i>Section IV.</i> — L'Institution et la technique du Droit.....	90
<i>Section V.</i> — L'Institution dans le Droit ouvrier.....	102
CHAPITRE IV. — <i>Le concept pur</i>	107
<i>Section I.</i> — Description	107
<i>Section II.</i> — Caractéristique de la construction légale du concept pur.....	113
<i>Section III.</i> — Expression et concrétisation du concept pur.....	119
CHAPITRE V. — <i>La personnalité ou l'Institution personne</i>	128
<i>Section I.</i> — Les éléments de sa réalité	128
<i>Section II.</i> — L'activité juridique de la personnalité.....	144
<i>Section III.</i> — Les conditions d'une activité libre des personnalités.....	160
<i>Section IV.</i> — Les instruments de l'activité libre d'une personnalité	166
CONCLUSION	171
BIBLIOGRAPHIE	177

TABLE ONE

1	...
2	...
3	...
4	...
5	...
6	...
7	...
8	...
9	...
10	...
11	...
12	...
13	...
14	...
15	...
16	...
17	...
18	...
19	...
20	...
21	...
22	...
23	...
24	...
25	...
26	...
27	...
28	...
29	...
30	...
31	...
32	...
33	...
34	...
35	...
36	...
37	...
38	...
39	...
40	...
41	...
42	...
43	...
44	...
45	...
46	...
47	...
48	...
49	...
50	...
51	...
52	...
53	...
54	...
55	...
56	...
57	...
58	...
59	...
60	...
61	...
62	...
63	...
64	...
65	...
66	...
67	...
68	...
69	...
70	...
71	...
72	...
73	...
74	...
75	...
76	...
77	...
78	...
79	...
80	...
81	...
82	...
83	...
84	...
85	...
86	...
87	...
88	...
89	...
90	...
91	...
92	...
93	...
94	...
95	...
96	...
97	...
98	...
99	...
100	...

